

Amarah Farage Frade

Constituição e Fraternidade  
*Cultura, Doutrina e Jurisprudência de um novo  
Paradigma Constitucional*

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha.

Porto  
2013

*Grândola, vila morena  
Terra da fraternidade  
O povo é quem mais ordena  
Dentro de ti, ó cidade*

*Dentro de ti, ó cidade  
O povo é quem mais ordena  
Terra da fraternidade  
Grândola, vila morena*

*Em cada esquina um amigo  
Em cada rosto igualdade  
Grândola, vila morena  
Terra da fraternidade*

*Terra da fraternidade  
Grândola, vila morena  
Em cada rosto igualdade  
O povo é quem mais ordena*

*À sombra duma azinheira  
Que já não sabia a idade  
Jurei ter por companheira  
Grândola a tua vontade*

*(Zeca Afonso: Grândola, Vila Morena)*

## **Resumo**

A partir da análise de uma sociedade com inúmeras diferenças e profundas necessidades, abre-se a via de questionamento da utilidade prática do atual paradigma jurídico. A visão legalista do Direito Positivo criou uma verdadeira quebra de pensamento entre os paradigmas do Direito Natural e do Direito Positivo o que facilitou a instauração de uma crise de interpretação e aplicação do Direito Positivo aos mais variados casos da vida cotidiana. O Direito Positivo não se apresenta, suficientemente capaz de dar respostas aos que se socorrem da via judicial. A presente dissertação analisa os dois paradigmas jurídicos em comento, assim como, abre espaço para um possível diálogo que se faz pautado na necessidade da elevação do terceiro valor político presente na tríade francesa: a Fraternidade. O Direito Fraterno não se apresenta com o propósito de substituir o atual paradigma jurídico, mas com ele pode somar para intensificar a abrangência e conquista dos Direitos do Homem. O aprofundamento e aperfeiçoamento desse Direito, que já se verifica na prática, demanda uma significativa mudança sócio-cultural. A transformação que se faz necessária requer uma dupla atenção: uma voltada aos Poderes Constituídos para que esses tragam para dentro de seus sistemas, pressupostos de uma Fraternidade pública, os quais devem orientar suas ações e decisões e, outra voltada especificamente para a sociedade, num sentido de uma fraternidade privada, a começar pela atitude com que cada um tenha para com o outro. Num conspecto mais abrangente, o Direito Fraterno funciona como um fortalecedor dos Direitos Humanos e, sendo um Direito não excludente, pode ser uma importante contribuição para a via da construção de uma sociedade altamente civilizada, com mais justiça, mais liberdade, mais igualdade e mais fraternidade. Este trabalho disserta acerca da observação da presença da fraternidade na História da humanidade; análise da constitucionalização da fraternidade; questionamento sobre uma possível codificação para o Direito Fraterno; constatação da presença desse Direito em alguns ramos jurídicos; análise da prática do Constitucionalismo Fraterno nas decisões judiciais contemporâneas.

Palavras-chave: Constitucionalismo Fraterno. Judiciário. Dignidade. Fraternidade. Direitos Humanos. Mudança Cultural. Paradigma Jurídico.

## **Abstract**

When analyzing a society which presents numerous differences and profound needs, a question arises concerning the practical utility of the current juridical paradigm. The legalist vision of Positive Law has created a true break of thought between the Natural Law and the Positive Law paradigms which has facilitated the establishment of a crisis in Positive Law interpretation and its use in each of the many cases of the everyday life. Positive Law is not sufficiently capable of providing answers to those who search for judicial support. This dissertation analyses the two juridical paradigms in question also giving room for a possible dialogue based in the need of elevating the third political value present in the French triad: Fraternity. Fraternal Law does not present itself with the purpose of replacing the current juridical paradigm, but could be added to it in order to intensify the scope and conquest of Human Rights. The deepening and improvement of that Law which is already verified in practice, demands a significant socio-cultural change. The transformation in need requires a double attention: one facing the Constituted Powers so they bring into their systems the assumptions of a public Fraternity, which ought to guide their actions and decisions and, another one specifically facing society, in a way of a private Fraternity, beginning with each one's attitudes towards others. In a broader way, Fraternal Law functions as a reinforcement of the Human Rights and, being a non-excludable Law, it may be an important contribution for the construction of a highly civilized society, with more justice, more liberty, more equality and more fraternity.

This work discourses about the observation of the presence of fraternity in the History of mankind; the analysis of the constitutionalization of fraternity; the questioning of a possible Fraternal Law codification; the recognition of the presence of that Law with some juridical branches; the analysis of the practice of Fraternal Constitutionalism in contemporary judgments.

**Keywords:** Fraternal Constitutionalism. Judiciary. Dignity. Fraternity. Human Rights. Cultural Change. Juridical Paradigm

**Lista de abreviaturas**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

CFB – Constituição Federal do Brasil

GLBT – Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais

RE – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| <b>Introdução</b> .....  | 08 |
| 1. Breve panorama dos paradigmas jurídicos.....  | 10 |
| 1.1. Do Direito Natural ao Direito Positivo – a aproximação do Direito Fraternal.....                                | 10 |
| 1.1.1. Direito Natural – um importante paradigma esquecido.....  | 11 |
| 1.1.2. Direito Positivo – Paradigma atual. A ilusória ideia de substituição de um paradigma pelo outro.....          | 13 |
| 2. Direito Fraternal: uma nova abordagem ou um novo paradigma para a ciência jurídica?.....                          | 17 |
| 2.1. De uma abordagem para um paradigma. Um salto (qualitativo) na doutrina.....                                     | 17 |
| 3. Da fraternidade – breve panorama histórico e sua relação sociedade x humanidade.....                              | 19 |
| 3.1. Significado do termo fraternidade.....  | 19 |
| 3.2. A marca da fraternidade na História.....  | 20 |
| 3.3. O princípio filosófico fraternal em algumas entidades.....  | 21 |
| 3.4. Associações contemporâneas que aproximam a fraternidade à Ciência Jurídica.....                                 | 22 |
| 4. A constitucionalização da Fraternidade — Textos históricos e Constituições, suas relações com a Fraternidade..... | 23 |
| 4.1. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o Direito Fraternal.....                                      | 23 |
| 4.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Fraternidade.....   | 24 |
| 4.3. A Constituição da República Portuguesa e a Fraternidade.....  | 25 |
| 4.4. A Constituição da República Federativa do Brasil e a Fraternidade.....  | 27 |
| 4.5. Outras Constituições que elegem a Fraternidade como valores políticos.....                                      | 29 |
| 4.5.1. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos.....   | 29 |
| 4.5.2. A Constituição da Índia (Preâmbulo).....  | 30 |
| 4.5.3. A Constituição Federal da Confederação da Suíça (Preâmbulo).....  | 30 |
| 4.5.4. A Constituição da Espanha.....  | 31 |
| 5. Crítica em defesa da Constituição.....  | 33 |

|   |    |
|---|----|
| 5.1. Há necessidade de uma codificação para o Direito Fraternal?  | 34 |
| 6. A evolução do Constitucionalismo até o Constitucionalismo Fraternal  | 35 |
| 7. A doutrina do Direito Fraternal. <i>Il Diritto Fraternal</i> . Direito Altruísta. Direito Humanista — Um novo paradigma jurídico — A necessidade da mudança de mentalidade | 38 |
| 7.1. <i>Il Diritto Fraternal</i> por Eligio Resta   | 39 |
| 7.2. O Direito Constitucional Altruísta por Michele Carducci  | 40 |
| 7.3. O Direito Humanista por Carlos Ayres Britto  | 42 |
| 8. O Direito Fraternal presente nos vários ramos do Direito   | 44 |
| 8.1. Direito à Saúde e o Direito Fraternal  | 44 |
| 8.2. Direito Penal e o Direito Fraternal  | 46 |
| 9. Estudo de casos – Decisões judiciais que já utilizam em suas fundamentações o Direito Fraternal.   | 47 |
| 9.1. ADI nº. 3.510 de 2008 do STF do Brasil   | 47 |
| 9.2. ADI nº. 3.768-4 de 2006 do STF do Brasil   | 50 |
| 9.3. ADC nº. 19 de 2012 do STF do Brasil  | 52 |
| Conclusão   | 54 |
| Teses   | 56 |
| Bibliografia  | 57 |

## Introdução

A expressiva canção selecionada para figurar na epígrafe desta dissertação foi escolhida como a segunda senha que sinalizava a Revolução dos Cravos, no contexto do regime político autoritário que assolava Portugal entre os anos de 1926 até 1974. A primeira senha foi marcada pela canção *E Depois do Adeus*. Fora do contexto histórico, ainda que a fraternidade tenha sido expressamente referida, a canção em comento não traz exemplos desse valor, talvez porque a fraternidade seja um valor tão superior que é difícil chegar até ela se não for de mãos dadas com a liberdade e a igualdade.

No curso da presente dissertação, tem-se por objetivo analisar a presença do Direito Fraterno perpassando pelos paradigmas jurídicos do Direito Natural e do Direito Positivo. São ainda objetivos do presente trabalho distinguir e caracterizar as possíveis faces do Direito Fraterno como uma categoria jurídica constitucional, avaliá-lo no tempo, no espaço e na doutrina, além de detectá-lo e analisá-lo nas decisões dos tribunais superiores para apontar a presença do mesmo no cotidiano da vida jurídica.

Elegeu-se a expressão “Direito Fraterno” por uma questão de praticidade e não por uma questão de entendê-lo melhor ou mais adequado, já que o pano de fundo é tão maior e mais importante que a eleição do nome que irá triunfar junto à evolução desse novo ciclo jurídico. O nome de batismo pouco importa para o caso em concreto, a essência é sempre mais profunda que a forma física. “O futuro das designações depende, para nós, não do gosto pessoal e da afeição particular que passamos a ter a uma expressão, mas de sua efectiva capacidade que ela possua para designar verdadeiramente algo”<sup>1</sup>.

Observa-se em seguida a presença da fraternidade como valor político em várias Constituições pelo mundo, mais especificamente nas Constituições de Portugal e do Brasil, anexando a isso uma breve análise do bloco de constitucionalidade que tem como justificação a fraternidade.

É com a constatação que o Direito Positivo, por si só não é capaz de promover uma sociedade voltada para o humanismo e civilidade culturais, que se abre, agora, um espaço de questionamento do atual paradigma, juntamente com a possibilidade da emersão do paradigma do Direito Fraterno.

A partir da análise de alguns autores que tratam o tema, verificou-se diversas expressões concordes voltadas para esse cenário jurídico. Ora ele é batizado como Direito Altruísta, ora como Direito Humanístico, mas todos com o mesmo desejo: o de construir uma cultura social, jurídico e política voltada para uma sociedade capaz de conviver harmonicamente dentro das inúmeras diferenças existentes.

---

<sup>1</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Do Direito Natural ao Direito Fraterno*, in “Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito” (RECHTD), Jan-Jun, 2009, p. 80.



Para Eligio Resta, o Direito Fraternal — *Il Diritto Fraternal*<sup>2</sup> — expressa um direito que deva ser pautado num jurar conjunto, no qual haja um compartilhamento de regras mínimas de convivência, apoiado na não-violência e no cosmopolitismo. É um direito no qual se questionam as ideias do direito soberano e de cidadania.

Para Michelle Carducci, essa nova atmosfera jurídica preceitua um direito que, necessariamente, deve ser interpretado a partir de um espírito crítico. O Direito Constitucional Altruísta, na visão desse autor, deve estar pautado em um processo interpretativo que leve em consideração as ideias de bem comum, cidadania, magnanimidade e amizade, todas condicionadas a uma urgente necessidade de uma profunda mudança cultural<sup>3</sup>.

Em defesa deste mesmo cenário há ainda a expressão Direito Humanístico trazida pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Carlos Ayres Britto.

A visão abordada por esse autor guarda íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e leva em consideração questões como qualidade de vida, busca da felicidade na terra, equilíbrio e evolução sociais, independência aos domínios externos, compartilhamento de frutos, equilíbrio ecológico e, talvez o mais importante, o respeito no tratamento com os grupos historicamente mais excluídos.

O Direito Humanista de Carlos Ayres Britto guarda relação direta com o Direito Altruísta de Michele Carducci ao condicionar a consubstanciação e efetivação plena desse Direito à necessidade de uma mudança de mentalidade capaz de influenciar, positivamente, tanto a sociedade como os operadores do Direito em suas tarefas interpretativas e de aplicação do Direito, na busca de um elevado padrão de civilidade de todo um povo<sup>4</sup>.

É necessário um reanimar da fraternidade como um dos valores da tríade revolucionária francesa. Um reanimar que perpassa, necessariamente, por um equilíbrio capaz fortalecer a fraternidade para o aprimoramento das suas duas outras irmãs, a liberdade e a igualdade. Chega-se ao momento de elevar a fraternidade como a irmã igual, participante do mesmo altiplano vital de suas irmãs para assim, brilhar na mesma intensidade da liberdade e da igualdade, tal como o idêntico brilho que há entre as três irmãs que compõem a constelação de Órion: Mintaka, Alnilan e Alnitaka.

A elevação da fraternidade como uma categoria constitucional, como um elemento do jurídico, requer um olhar abrangente, uma comunhão de esforços, um jurar conjunto, um (com)partilhar de valores voltados para uma sociedade tão acostumada com a letra fria da lei.

---

<sup>2</sup> RESTA, Eligio — *Diritto Fraternal*, Roma, Laterza, 2002. Resta é sociólogo que estuda os pressupostos do Direito Fraternal.

<sup>3</sup> CARDUCCI, Michele — *Por Um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

<sup>4</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, , 2010.

A grande maioria dos autores pesquisados são unânimes em apontar como solução viável ao estabelecimento desse paradigma a necessidade de uma profunda mudança de mentalidade e do *modus operandi* do Direito. É importante que cada um, dentro de seu pequeno universo, faça uma reflexão sobre o atual cenário jurídico, político, social e econômico e que estabeleça metas capazes de alterar sua realidade e assim poder alterar a realidade como um todo. É natural que a sociedade perceba que ela necessite de outro olhar, mas para isso também se faz imprescindível que a comunidade jurídica passe a estabelecer critérios efetivos de decisões judiciais, critérios esses menos quantitativos e mais qualitativos.

Assim, é imperiosa ainda uma mudança cultural, capaz de penetrar no interior do homem e o faça compreender que o patamar em que os valores hoje estão estabelecidos, não é suficiente para fazer do homem um ser humano dotado de bem-estar e harmonicamente inserido num meio ambiente equilibrado. É hora de uma mudança suficientemente capaz de fazer alterar a ideia de que ser homem não significa o mesmo que ser humano.

Coadunado a todas essas referências, pretende-se expor alguns ramos do Direito que já se acham imbricados com o Direito Fraternal. Já é altura para aperceber-se que o Direito Fraternal tem aplicação e já é aplicado no universo jurídico. E nesse mesmo ritmo, é que também se analisa algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que já se fundamentam, de forma direta ou indireta, pelo paradigma do Direito Fraternal que dá validade ao Constitucionalismo Fraternal. O chamamento do Constitucionalismo Fraternal serve ainda para mostrar que a justiça é feita dia-a-dia, é um processo constante e interminável da busca pelo justo, que pode ser avaliado e promovido consoante o caso que se apresenta. Assim, o Direito Fraternal serve para demonstrar a preocupação que a sociedade tem na construção de um mundo mais fraternal, mais justo e mais solidário a partir de um ponto de concentração, que é a necessidade da mudança de mentalidade, jurídica, cultural, política e social.

Importa salientar que toda a reflexão que se segue não é um ponto final mas sim um ponto de partida para que a sociedade possa transformar-se naquilo que as Constituições tem por lições preambulares.

## **1. Breve panorama dos paradigmas jurídicos**

### **1.1. Do Direito Natural ao Direito Positivo – a aproximação do Direito Fraternal**

A sociedade tem experimentado um longo processo de diferenciação, passando a ter uma roupagem de dinamismo e complexidade, na qual o seu desenvolvimento está entrelaçado a novas técnicas, tendências, perfis e relações, ou seja, constitui-se hoje em vários “sistemas sociais particulares autônomos, cada qual com seu papel”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 45.

Nesse mesmo sentido o Direito, que na sua origem era chamado também por *ius, directum (derectum?)*<sup>6</sup>, “como ciência jurídica voltada à prática da realização do justo”<sup>7</sup>, deve-se revelar maleável, complexo, mutável e dinâmico, no sentido de amparar as novas necessidades dessa sociedade. O Direito, para não se tornar um mero símbolo, necessita de mudanças capazes de dar respostas à sociedade. O jurista em seu papel deve descobrir a função desse Direito, e não esquecer que *Le droit est chose qui se dit*<sup>8</sup>, logo, espera-se que tanto o direito quando sua aplicação possam estar em conformidade com os anseios da sociedade. E é nessa relação entre direito e sociedade que já se dizia *Ubi homo ibi societas; Ubi societas, ibi jus*<sup>9</sup>.

Há diversas formas de visualizar o Direito em suas respectivas famílias. Entre tantas, destacam-se as famílias paradigmáticas do Direito Natural e do Direito Positivo que são analisadas a seguir.

### 1.1.1. Direito Natural – um importante paradigma esquecido

*Le concept de droit naturel vient de la Grèce*, sendo que aos sofistas é dado o reconhecimento do lançamento da expressão<sup>10</sup>.

A doutrina clássica, encabeçada por Aristóteles, enxerga a divisão do Direito entre Direito Natural e Direito Positivo, porém “ambos, direito natural e direito positivo, são as duas partes que compõem o conjunto de ordens jurídicas que regem a Humanidade”<sup>11</sup>. O Direito Natural seria o justo por natureza, ou seja, seria aquilo que é universalmente justo em todo e qualquer lugar, “o permanente e universal da ontologia das coisas e do homem”. Ao lado do Direito Natural, aproveitando as lições trazidas por J. Hervada sobre os ensinamentos de Aristóteles, tem-se o justo legal, que equivale ao Direito Positivo, tal direito só é justo porque o homem assim o enxerga e assim o estabelece, sendo portanto variável conforme a época, tradição, cultura e base territorial.

Atualmente o Direito Natural experimenta um rigoroso e silencioso inverno, estendendo-se também às faculdades de Direito, quando o estudo de tal paradigma. Se um candidato a jurista for questionado o que ele entende por Direito Natural, na melhor das hipóteses, haverá como resposta um complexo imbricado de palavras misturados com vagos conceitos que tentam harmonizar-se numa tentativa de resposta não muito lúcida, e é nesse sentido que “talvez seja preferível o esquecimento ao mau uso”<sup>12</sup>.

Por definição, e por conta de seu ar metafísico, é tarefa árdua querer conceituar e definir o Direito Natural, “da antiguidade clássica até hoje, durante todas as eras,

<sup>6</sup> Uma referência ao estudo feito por Sebastião Cruz intitulado *Ius, Derectum (Directum)*, Coimbra, 1974, na qual traz importante apanhado histórico das expressões e da origem do termo Direito, além dos símbolos que se relacionam com o tema.

<sup>7</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 115.

<sup>8</sup> VILLEY, Michel — *Philosophie du Droit: Définitions et fins du droit, Les Moyens du Droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 205.

<sup>9</sup> Tradução: “Onde está o homem está a sociedade; onde está a sociedade está o Direito” — Ulpiano.

<sup>10</sup> VILLEY, Michel — *Philosophie du Droit: Définitions et fins du droit, Les Moyens du Droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 244 — Tradução livre: “O conceito do Direito Natural vem da Grécia”.

<sup>11</sup> HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 336.

<sup>12</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 303.

medieval e moderna, dele insistentemente se falou, mas muito diversos foram os conteúdos que lhe foram atribuídos”<sup>13</sup>, sendo, talvez, melhor permanecer assim, sem uma engessada definição. É certo que há uma grande mistura no mar de conceitos e não se sabe ao certo em que prateleira se pode encontrar o Direito Natural, mas algumas distinções devem ser feitas, tais como o seu divórcio com a filosofia do Direito muito defendido por J. Hervada.

O Direito Natural passou por diversas transformações e até mesmo confusões de sentido e significado, sendo interpretado como ética, ética social, filosofia moral, ciência jurídica e Filosofia do Direito. Há autores, principalmente aqueles do século XIX e XX, como J. Prisco e J. Corts Grau, que tomam pelo mesmo tema a ciência do Direito Natural e a Filosofia do Direito<sup>14</sup>. Essa percepção única de duas realidades distintas é vista por Javier Hervada como uma “dupla confusão”<sup>15</sup>, primeiro porque para a Filosofia do Direito, o Direito Natural é apenas um dos vários universos jurídicos a serem analisados, e depois porque não se pode, com isso, querer confundir o Direito Natural com a Filosofia Moral.

Michel Villey preconizava a complexidade do entendimento sobre o termo Direito Natural quando: “Je ne connais pas de terme qui prôte, tant chez les juristes que chez les philosophes, à de plus horribles malentendus”<sup>16</sup>. Ocorre que o termo em análise é muito polissêmico, o que causa uma natural confusão de interpretação e sentido.

Conforme este breve esquema, Villey, apoiado nas lições de Aristóteles, nos traz uma ideia sobre tais direitos: “... avant tout intervention de l’artifice humain, dans les communautés humaines *existe* le droit naturel. Le droit naturel a son siège en dehors de la raison humaine, il préexiste à la conscience que nous en prenons. Il «ne dépend pas» des jugements des hommes. Le droit positif procèdera de l’homme. Le droit naturel est *donné* à l’avance à l’homme”<sup>17</sup>. A diferença que há entre esses dois universos não pode levar a uma interpretação em que se entenda como dois Direitos que vivem em mundos separados.

Para além desse “esquecimento”<sup>18</sup> de que é vítima o Direito Natural, tanto nas Faculdades de Direito, como no meio ambiente jurídico em si, há também a característica de sua transcendência à razão humana, devido à sua própria impalpabilidade, fato este por si só, demanda fôlego para o seu entendimento, não sendo sua compreensão, portanto, dada a todos os que transitam no universo jurídico, é

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo — *Primeira Lição Sobre Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 70.

<sup>14</sup> HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 29.

<sup>15</sup> HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 30.

<sup>16</sup> VILLEY, Michel — *Philosophie du Droit: Définitions et fins du droit, Les Moyens du Droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 259 — tradução livre: “eu não conheço termo que se preste, tanto para os juristas quanto para os filósofos, aos mais horríveis mal entendidos.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 260 — tradução livre: “antes da intervenção do homem, existe o direito natural nas comunidades humanas. O direito natural tem sede fora da razão humana; preexiste a consciência que temos dele. Ele não depende do julgamento dos homens. O direito positivo procede do homem. O direito natural é dado ao homem”.

<sup>18</sup> Conforme Paulo Ferreira da Cunha, “há uma superação por uma espécie de esquecimento ou uma passagem de moda, mas enquanto vigentes, os paradigmas, exercem a sua “ditadura” – e mais profundas ainda que as ditaduras políticas, porque de um peso insensível, logo, de uma eficácia muito maior” – *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 41.

necessário disponibilidade e um aprofundado conhecimento da natureza para a compreensão do Direito Natural.

Em meio a todos esses obstáculos que desafiam a compreensão dos operadores do Direito e estudantes em geral, há necessidade de não se perder de vista as mais variadas doutrinas e correntes de pensamento que interpretam o estudo desse Direito, umas mais próximas ao seu objeto de investigação, podendo-se citar o jusnaturalismo *lato sensu*, o jusnaturalismo *stricto sensu* até mesmo o realismo clássico, e outras não tão próximas, como é o caso do jusnaturalismo positivista e do jusracionalismo.

É importante compreender-se que o jusnaturalismo considera (e não é pouco) que a lei injusta não é lei, não é Direito, não faz parte do universo do Direito, levando-se também em consideração que “não se trata de qualquer injustiça, que leva em conta subjetivismos e tendências particulares, a injustiça que aqui se trata, deve ser capaz de ofender alguns dos três preceitos jurídicos (características internas da norma jurídica): a. viver rectamente; b. não prejudicar ninguém; c. atribuir a cada um o que é seu”<sup>19</sup>.

Há, via de regra, um problema de aceitação do rótulo “Direito Natural” para expressar seu real sentido. Tal fato se dá também pela dificuldade de uma clara interpretação do termo “natureza” tendo em vista sua polissemia, veja-se que “a ideia do Direito Natural é necessariamente ignorada enquanto se ignorar a ideia de natureza. A descoberta da natureza é a tarefa da filosofia”<sup>20</sup>, mas não há que confundi-las. Assim, com intuito de resgatar e dar mais vida ao Direito Natural, é que se encontram movimentos que tentam ressuscitar o Direito Natural, como é o caso de Virgínia Black e Percy Black ao falar em Direito Vital para evitar a carga negativa e o mal entendido do Direito Natural e do jusnaturalismo correntes <sup>21</sup>.

### **1.1.2. Direito Positivo – Paradigma atual. A ilusória ideia de substituição de um paradigma pelo outro**

Durante a Idade Média, houve a necessidade de encontrar-se uma expressão para o que estava fora do conteúdo do Direito Natural, ou seja, para o Direito não-natural, chamado por Aristóteles de direito legal<sup>22</sup>. É sabido que tal expressão – *ius positivum* – era comumente tratada por *positum* ou *positionis*, mas foi no século XIII que a expressão ganhou foros.

O Direito Positivo não surge com o propósito de substituir ou contrapor-se ao Direito Natural, em que pese algumas confusões observadas atualmente sobre seu caráter de unicidade e império, ao contrário eles coexistem, devem apoiar-se mutuamente, em verdade, crê-se que um não vive sem o outro. O que há de tão maior que a lei natural? “O Direito Positivo, posto, criado pelos homens, não está imune ao trunfo anulador de um Direito mais alto: chame-se este natural, vital, racional, natureza

<sup>19</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra. Almedina, p. 303-325.

<sup>20</sup> STRAUSS, Leo — *Direito Natural e História*, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 71 (trad. Miguel Morgado).

<sup>21</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. *Filosofia do Direito*, Coimbra. Almedina. p. 384.

<sup>22</sup> HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 344.

das coisas ou simplesmente Justiça”<sup>23</sup>. Os dois Direitos (Natural e o Positivo) são partes de um mesmo sistema, portanto, não excludentes.

Em que pese o mito da *dura lex, sed lex*<sup>24</sup>, a ideia romana do Direito também era baseada na existência viva tanto do Direito Natural quanto do Direito Positivo, evidencia-se na transcrição de Gayo: “Todos os povos governados por leis e costumes usam em parte seu direito peculiar, em parte o comum de todos os homens; pois o direito que cada povo estabeleceu para si é próprio da cidade e se chama direito civil, como direito próprio que é da mesma cidade; em contrapartida, o que a razão natural estabelece entre todos os homens é observado por todos os povos e denominado direito das gentes, como direito que todos os povos usam. Então, o povo romano usa em parte de seu próprio direito e em parte do comum de todos os homens”<sup>25</sup>.

Essa passagem contém a exata medida da existência viva e vigente dos dois paradigmas abordados, um que é comum a todos os homens que se propaga independentemente de povos, culturas e costumes, que seria o “justo natural” de Aristóteles, sendo comum a todos os homens, e outro que é produto da criação humana, este variável no tempo e no espaço – o Direito Positivo – que seria o “justo legal”, aquilo que o homem entende como um direito útil que pode ser usado para fins de dirimir conflitos de forma fria e imparcial. Pensar que o Direito Positivo é autônomo ao Direito Natural constitui um equívoco.

Os romanos não enxergavam os dois Direitos como ordens excludentes, mas apoiadoras entre si, capazes de se combinarem e estabelecerem facilmente, pontes norteadoras para as decisões romanas se aproximarem ainda mais de um direito humanizado, como solução para os diversos problemas que a aplicação pura do *Ius Civile*, por sua rigidez e formalismo, invariavelmente, apresentavam.

Sob o ponto de vista dos positivistas legalistas, o Direito Positivo é entendido pelo conjunto de princípios, regras e normas que visam, efetiva e potencialmente, solucionar os problemas das relações interpessoais ou das relações entre pessoas e coisas. Essa visão de praticidade, arraigada aos textos das leis, parece ignorar outras formas de Direito, como o Direito Consuetudinário, o jurisprudencial, o doutrinal e outras formas que estão ao largo do Direito legalista. O Direito Positivo, ao entende-se como um sistema sem lacunas, não confere respostas que bastem para a realização prática do Direito. O problema normativo que há entre Direito e realidade só pode ser verificado através da prática jurídica constitucional. Isso contribui para uma verdadeira crise pela qual vem passando — *e não é de agora* — o Direito Positivo.

<sup>23</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia Jurídica Prática*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 69.

<sup>24</sup> A expressão latina que significa “a lei é dura porém é a lei”, é vista por Paulo Ferreira da Cunha, como um dos mitos do Direito Romano in *Teoria da Constituição*, Lisboa, Verbo, 2000, Vol. II, p. 109. O autor não enxerga um Direito Romano voltado apenas para o rigor e o imediatismo, ele procura enxergar o Direito Romano como um direito mais sutil, veja: “ainda nos mantemos fiel aos mitos (?) de um direito romano apesar de tudo flexível, inteligente e sensível ao direito natural, tal como no-lo apresentou Sebastião Cruz e o vimos também em Michel Villey”.

<sup>25</sup> Cf., HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 340.

O aparato jurídico positivado, enquanto vigente, é responsável por guiar as relações sociais num determinado espaço de tempo e sobre um determinado território, logo variável conforme a sua utilidade.

Dentro da família do Direito Positivo, é importante lembrar de suas diversas correntes de pensamentos, como Positivismo Jurídico Historicista, o Positivismo Jurídico Sociologista e o Positivismo Jurídico Legalista. Para além disso, tem-se ainda a necessidade de apreender-se que “os positivismos (que são vários também), creem que o direito que está aí (na sociedade, na lei ou na história), positivado, é o único Direito e tudo o mais será, quanto muito, moral, ética, filosofia, ou meros votos piedosos”<sup>26</sup>.

Assim, os paradigmas apontados sofrem ou pelo esquecimento ou mesmo pela dificuldade de sua compreensão e aplicação, ou seja, pelo seu mau uso. Ocorre que os paradigmas em análise sempre se fazem presentes, algumas vezes mais estáveis, outras nem tanto.

É diante desse cenário, de necessidade de se (re)pensar no Direito, que o Direito Fraterno se aproxima com a função de integrar e complementar o atual paradigma jurídico, não numa visão antipositivista, mas na tentativa de uma integração capaz de auxiliar o Direito Positivo quando este não se faz suficiente.

A função de integração e complementariedade jurídica não é uma proposta inovadora. Observe-se que os romanos tinham a possibilidade, e efetivamente a usavam, de lançar mão do Direito Natural para fins de harmonização e integração junto como o Direito Positivo na tarefa da realização da justiça.

O Direito como objeto da justiça é em si um produto de uma construção diária, observado desde as mais remotas épocas. Já ensinava o professor Paolo Grossi que o “Direito é velho como o mundo, e que, historicamente, já se entendia por Direito os mais variados costumes inseridos nas mais primitivas e embrionárias microorganizações sociais de índole tribal”<sup>27</sup>. O Direito é resultado da inteligência humana e produto de sua racionalidade, mas ainda hoje o Direito enfrenta a natureza humana em sua constante dualidade, um dos motivos pelos quais a aplicação pura do positivismo está em crise.

Foi em Roma que o Direito ganhou mais expressão como ciência jurídica. É recompensa dos romanos a visão do mundo sócio, cultural e político em termos jurídicos.

O *Corpus Iuris Civilis* foi oferecido como uma obra prima do Direito Romano. É através desse enorme texto, constituído pela união de vários blocos (Digesto, Iurisprudentia, Novelle, Pandectae, Instituições), que se pode ter maior conhecimento da forma que os romanos viviam, enxergavam, interpretavam e praticavam a filosofia e a ciência jurídica. O Digesto foi considerado a parte mais profunda desta grande obra,

---

<sup>26</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 315.

<sup>27</sup> GROSSI, Paulo — *Primeira Lição Sobre Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 37.

contendo citações de Ulpiano, Gayo, Papiniano, Paulo, Modestino. Talvez a citação mais importante que se refere diretamente à concepção da justiça, ou pelo menos a citação mais propagada, é a de Ulpiano donde se extrai que a *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*<sup>28</sup>.

O Direito Objetivo nasce na sociedade romana ligado diretamente às coisas, sendo entendido como *Norma Agendi* (norma de agir), cuja finalidade é regular todas as ações do homem inserido na sociedade nos seus mais variados segmentos. O Direito Objetivo estatal “es el conjunto de las proposiciones jurídicas que componen el orden jurídico establecido y sancionado por el legislador”<sup>29</sup>. Mas este é um direito estático, faz parte do universo das abstrações, necessitando de um certo motor que o impulse para que receba movimento.

Com a chegada da modernidade, experimenta-se outra família jurídica: a do Direito Subjetivo. Tem-se então, em breves linhas, a *Facultas Agendi* (faculdade de agir), eis que surge o elemento que dará movimento ao Direito estático. O Direito Subjetivo estabelece a forma com que o homem instrumentalizará seu direito. Para Jellinek, o Direito Subjetivo é “el interés protegido por el reconocimiento del poder de la voluntad humana”<sup>30</sup>.

Há também várias teorias que tentam explicar o Direito Subjetivo e sua aplicabilidade no mundo dos fatos, como a Teoria da Vontade de Savigny e Windscheid, a Teoria do Interesse de Rudolf von Ihering, além das Teorias da Subjetivação da Norma, a Teoria Eclética e a Teoria da Garantia.

O Direito Subjetivo nem sempre é capaz de solucionar todos os casos da vida cotidiana, e o que se percebe é normalmente uma indevida aplicação de suas normas positivadas, talvez pela falta de uma necessária ponte que deve ser construída entre o Direito Natural e o Direito Positivo, em que se permita aos operadores do Direito lançarem mão quando de sua tarefa hermenêutica. Isto posto, é comum sentir a necessidade de uma mudança de mentalidade, uma mudança de atitude jurídica para libertar os operadores do Direito daquilo que os engessa, no sentido de fazer-se mais justiça, mais dignidade, mais liberdade e mais fraternidade ao mundo.

Diante do apanhado de paradigmas expostos, famílias e correntes doutrinárias do pensamento jurídico, coadunado com a ineficiência do Direito Positivo para solucionar todos os casos da vida é que se entende pela existência de um desafio para a ciência jurídica, o qual requer um diálogo e a busca de soluções. E é a partir dessa crise instaurada, que se pode abrir as janelas do pensamento para enxergar-se um outro véu jurídico, a propagação de um Direito mais humano e menos imposto, mais compartilhado e menos rígido.

<sup>28</sup> Cf., CUNHA, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 226 — O Direito (*ius*) é o objeto da justiça (*iustitia*) e a Justiça (a origem e mãe do Direito) é a vontade (ou desejo em si próprio) constante e perpétua de atribuir a cada um (cada pessoa) aquilo que é seu (a coisa devida, que este ou esta tem o direito de ter).

<sup>29</sup> BLOCH, Esnst — *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 364.

<sup>30</sup> Cf., BLOCH, Esnst — *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 363 — tradução livre: “o interesse protegido pelo reconhecimento do poder da vontade humana”.



Esse cenário que já pode ser visualizado no horizonte com o apoio do aprofundado estudo da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, além de uma boa dose de cosmopolitismo e cosmovisões imbricadas por uma interdisciplinaridade, é que corresponde ao Direito Fraternal.

## **2. Direito Fraternal: uma nova abordagem ou um novo paradigma para a ciência jurídica?**

### **2.1. De uma abordagem para um paradigma. Um salto (qualitativo) na doutrina**

Entre as várias importantes considerações feitas neste trabalho, julga-se que a questão da metodologia deva ser objeto de análise. A forma como se enxerga o Direito Fraternal e como o mesmo vem sendo tratado e aplicado dentro da sociedade é um dos pontos que são tratados a seguir.

Poucos são os autores que tratam sobre a matéria de forma desse Direito. Muitos acabam por dar seu contributo mais especificamente para a matéria de fundo, o que é bastante relevante para o avanço, aprofundamento e aperfeiçoamento do Direito Fraternal dentro de uma sociedade complexa como atual.

Em 2004, o artigo intitulado “Direito Fraternal”, tratou o Direito Fraternal como uma *abordagem* (como um ponto de vista)<sup>31</sup>, dado o momento histórico em que esse Direito se encontrava. Para tanto, a autora deixa claro que por se tratar, naquele momento, de um direito em construção, não poderia ser considerado como um paradigma ou uma teoria, recebendo talvez esse tratamento depois de alguns anos.

Em 2007, o artigo intitulado “Sociedade Complexa e o Direito Fraternal” trata a matéria de forma do tema como uma *metateoria*, mas com o mesmo propósito, ou seja, a mesma essência apontada anos atrás, na qual enxergava o Direito Fraternal como um Direito que “pretende fornecer uma nova hipótese de análise do Direito, fundamentada em pressupostos relacionados à amizade, à quebra da obsessão da identidade, ao jurar conjuntamente e ao cosmopolitismo”<sup>32</sup>. Alterou-se portanto o tratamento de forma, mantendo-se a matéria de fundo. Em nenhum outro momento da pesquisa analítica entre esses dois artigos se observou o tratamento de forma como um paradigma.

É interessante observar os significados dos termos em questão para uma melhor análise do assunto.

A palavra *abordagem*, facilmente encontrada nos dicionários, vem “do francês *aborder* – 1. Náut. Ação de encostar ou atracar uma embarcação à outra, essencialmente para assaltar; 2. Náut. Choque entre dois navios (abalroamento) 3. Náut. Aproximação de uma embarcação do cais ou da margem (acostagem) 4. Forma de

<sup>31</sup> VIAL, Sandra Regina Martini — *Direito Fraternal*, in “Estudo & Debate”, vol. XI, nº 1, 2004, Disponível em [http://www.univates.br/files/files/univates/editora/arquivos\\_pdf/estudo\\_debate/v11\\_n1\\_2004/Direito\\_Fraternal.pdf](http://www.univates.br/files/files/univates/editora/arquivos_pdf/estudo_debate/v11_n1_2004/Direito_Fraternal.pdf) acessado em 23.05.13.

<sup>32</sup> VIAL, Sandra Regina Martini — *Sociedade Complexa e o Direito Fraternal*, in “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica”, nº 3, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 181.

encarar, de contactar com um tema, um problema; exploração inicial dos mesmos (aproximação, contacto, tratamento)”<sup>33</sup>, usualmente refere-se ao ato de interpretar um texto.

O termo *metatoria* que se vê nos artigos relacionados ao tema também merece destaque, e que por ele se entende o “estudo de um sistema formal através de uma metalíngua; teoria acerca de uma teoria”<sup>34</sup>. Essa metalíngua pode referir-se a qualquer terminologia ou linguagem usada para descrever uma linguagem em si mesma.

Neste sentido, o termo *paradigma* pode ser “1. Aquilo que serve de exemplo, de modelo (norma padrão) 2. Gram. Modelo de declinação ou conjugação de uma palavra 3. Ling. Conjunto dos termos da mesma classe gramatical, semântica que se podem substituir entre si nos mesmos ambientes 4. Filos. Na Filosofia Platónica designa o mundo das ideias, protótipo do mundo sensível 5. Filos. Para o filósofo americano Thomas Kuhn designa os sistemas conceptuais, os campos de investigação e de experiência que estão na origem da evolução da ciência”<sup>35</sup>.

É prudente a conduta de chamar de *abordagem/ponto de vista* a um estudo que ainda é incipiente. No entanto, aqui está se tratando de um Direito que se abrolha há tempos e que agora se percebe o processo de revivescência e de resgate. A expressão *novo/velho* comumente utilizada nos artigos relacionados ao tema faz todo o sentido já a fraternidade, como valor político, não é novidade. Talvez esse Direito pudesse mesmo estar adormecido ao longo da História da Revolução Francesa e seus fundamentos e pressupostos, provavelmente sempre existissem, mas que por conta de uma mentalidade egocêntrica voltada para o atingimento da liberdade e da igualdade, a fraternidade restou – momentaneamente - para trás.

É certo que, com o passar dos anos, muitas foram as contribuições para o engrandecimento desse novo/velho Direito, podendo-se ressaltar, desde já, o seu aparecimento como aplicação doutrinária em diversos ramos do Direito, tais como: no Direito Penal, no Direito Civil, no Direito à Saúde e outros. Tal evento, por si só, já faz com que se enxergue o Direito Fraterno mais vivo e organizado no atual cenário jurídico. Para além disso, também é possível identificar a presença do Direito Fraterno no judiciário vivo, mais claramente, nas decisões das grandes cortes constitucionais como mais adiante verificar-se-á.

Por esse aspecto, de constatação de um Direito Fraterno que já se faz sentir no judiciário, é que não se visualiza o Direito Fraterno, no seu estado atual, como um ponto de vista, nem mesmo como uma *abordagem* ou *metateoria*. Entende-se razoável o seu tratamento formal como um paradigma, este capaz de servir como convite aos operadores do Direito passarem a usá-lo, quando necessário, para tornarem suas decisões mais humanizadas ou servir como elemento de integração e clarificação quando o Direito Positivo não for suficiente para a solução das lindes postas, o que já

<sup>33</sup> Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea — Academia de Ciências de Lisboa, Lisboa, Verbo, 2001, p. 20.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 2.455.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 2.745.

vem ocorrendo, como dito, em algumas decisões dos tribunais superiores do Brasil. Este cenário já indica a permissibilidade do desuso das expressões *abordagem*, *metateoria* ou *ponto de vista*.

Por tudo exposto, os termos *abordagem* e *metateoria* não se adequam a este atual momento do Direito Fraterno porque já não está mais em seu nascedouro, já anda, inclusive – mesmo que timidamente – com o apoio de suas irmãs (liberdade e igualdade), pelos corredores do judiciário. Por outro lado, não se entende que há uma tese construída acerca de uma tese, para a concepção de uma metateoria, o que se percebe é a (re)construção, agora mais robusta e com mais ênfase, de uma teoria que se apresenta como um verdadeiro paradigma, um modelo a ser seguido não só pelos operadores e aplicadores do Direito, mas também pelo cidadão comum nos seus mais diversos papéis em que atua no palco da vida.

Ainda que se entenda que a discussão sobre a forma de tratamento do Direito Fraterno não é o foco principal desse trabalho, faz-se mister a elegibilidade de um termo capaz de refletir a atual realidade do Direito Fraterno e que possa, ao mesmo tempo, funcionar como um ponto de partida para que o despertar desse Direito tenha sentido e que possa efetivamente modificar, positivamente, a forma de como as relações sociais, econômicas, culturais dar-se-ão.

Revela-se então ao acompanhar o desenvolvimento do tratamento dado ao Direito Fraterno, que houve, portanto, uma mudança significativa nesse ponto em análise, que foi o rótulo dado ao mesmo. É certo que a análise de fundo vem ganhando força, mas o que se pretende é o aprofundamento de diálogos capazes de fortalecer o entrelaçamento do Direito Fraterno com o atual cenário jurídico.

### **3. Da Fraternidade – breve panorama histórico e sua relação sociedade x humanidade**

Antes de ater-se à dimensão constitucional da fraternidade, objeto central desse trabalho, cumpre trazer-se uma noção genérica, e por óbvio incompleta, do que entende-se por fraternidade e como se dá sua presença na sociedade e sua relação entre os homens.

#### **3.1. Significado do termo fraternidade**

É significativa a importância da semântica do termo *fraternidade*. A palavra latina *frater* significa irmão e sua derivação *fraternitas* ou *fraternitatis* é substantivo feminino que pode significar: a. convivência harmoniosa e afetiva entre as pessoas; b. relação de parentesco entre irmãos – irmandade; c. amor ao próximo; d. associação ou comunidade com propósito específico, de cunho religioso, social, cultural ou político. Também é comum seu entendimento por paz, concórdia, harmonia e união.

O verbo *fraternizar* se apresenta como: a. unir(-se) como irmãos, de modo fraterno; b. partilhar das mesmas convicções; c. associar-se, irmanar-se, ligar-se; d. juntar-se por causa comum<sup>36</sup>.

Conforme Carlos Ayres Britto a fraternidade é “(...) o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado e, de outro, da igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida”<sup>37</sup>.

### 3.2. A marca da fraternidade na História

Alerta-se que, considerando as mais diferentes opiniões e preferências dentro de uma sociedade diversa e complexa, não haverá aqui um debate de opinião pessoal devido aos traços peculiares das figuras e entidade adiante analisadas. O que se pretende com a exposição que se segue, é apenas fazer um breve apanhado acerca da presença da fraternidade do curso da história.

Há, sem dúvida, a presença de alguns nomes dentro da história da humanidade que apresentam grande relevo para a marca da fraternidade no mundo.

Mohandas Karamchand Gandhi, já em seu tempo, professava um dos pressupostos do Direito Fraterno, ou seja, a não-violência. Por meio de seus ideais de paz e fraternidade, buscava a evolução social e cultural do Estado. Segundo Gandhi, a força do homem está na sua ação não violenta<sup>38</sup>. Para Eligio Resta, o Direito Fraterno é não-violento; ultrapassa os limites do Estado-nação; é cosmopolita; é um direito que não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais<sup>39</sup>.

Martin Luther King também aparece num cenário propício à análise da fraternidade. Foi através de sua filosofia de não violência, influenciado pelas ideias de Gandhi, que contribuiu para o fim da segregação racial nos Estados Unidos.

Nelson Rolihlahla Mandela é um dos líderes que conta com uma trajetória moral e política de luta contra as desigualdades e pelo fim da segregação racial para os povos da África. É dada a ele a responsabilidade pelo fim do Apartheid. Foi com a Campanha do Desafio, idealizada por Mandela, em que os negros, unidos com o propósito de protestar contra o Apartheid, faziam-se presentes em diversos lugares que eram permitidos apenas aos brancos. Esses protestos silenciosos tinham como marca a não-violência.

<sup>36</sup> AULETE, Caldas. *Dicionário da Língua Portuguesa*: disponível em <http://www.auletedigital.com.br> - acessado em 25.04.2013.

<sup>37</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010, p. 98.

<sup>38</sup> VIAL, Sandra Regina Martini — *Sociedade Complexa e o Direito Fraterno*, in “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica” n° 3, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 188.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 189.

Jesus de Nazaré, líder religioso, também deu seu contributo para a história com diversas ações voltadas à fraternidade, ao menos é o que se percebe da leitura do Evangelho. Nesse contexto, é interessante a passagem do Evangelho na qual os escribas e fariseus levam a Jesus a “mulher pecadora” para a condenação pelos seus pecados e consequente pena em que a tradição local determinava pelo apedrejamento. Nesse momento, segundo o que está no Evangelho, Jesus, entendendo que antes de julgar a qualquer um, deve-se julgar a si mesmo disse: “Aquele dentre vós que está sem pecado seja o primeiro que lhe atire uma pedra”<sup>40</sup>.

Há nessa passagem um exemplo de julgamento segundo o pressuposto da não-violência trazido pelo Direito Fraterno, bem como a necessidade de que devemos olhar aos outros através de nós mesmos segundo o aspecto de uma fraternidade privada.

### 3.3. O princípio filosófico fraterno em algumas entidades

De forma mais organizada e menos entrelaçada com a questão da religiosidade, e apenas com o propósito de apresentar faces da fraternidade, ou seja, sem o compromisso religioso, moral, místico ou espiritual, verificam-se antigas ordens que praticam a fraternidade e a humanidade através do exercício do autoconhecimento, da tolerância e da evolução do espírito em comunhão com a natureza.

São exemplos dessas entidades, a Antiga e Mística Ordem Rosæ Crucis, que veio a público no século XVII. Essa entidade tem por objetivo a disseminação de uma cultura universalmente fraterna, fundada na unidade da diversidade. O humanismo Rosa Cruz visa ao aprimoramento do mundo pelo auto-aprimoramento, sendo necessário o estudo e o conhecimento das leis da natureza e respeito pelo Universo.

A Ordem Rosæ Cruz advoga uma filosofia fundada na alquimia espiritual, e consiste em transmutar os erros da natureza humana em suas qualidades opostas, ou seja, soberba em humildade, intolerância em bondade, egoísmo em generosidade. Visa, portanto, a uma cultura de aperfeiçoamento do saber para aperfeiçoar a sociedade. Foi através de seu 4º manifesto, o *Positio Fraternitatis Rosæ Crucis*, simbolizando a necessidade de uma saída de um estado atual de crise, que a Ordem clamou por mais humanismo e espiritualidade que na visão deles, é o caminho para fazer-se da Terra um lugar de harmonia, paz e fraternidade. Foram membros apoiadores desta Ordem: Francis Bacon, René Descartes, Giordano Bruno, Isaac Newton e Benjamin Franklin<sup>41</sup>.

A Maçonaria é outra entidade antiga a propagar a fraternidade. O desenvolvimento dos princípios humanitários, dentro de uma sociedade mais equilibrada e digna, sob o ponto de vista moral e cultural, fazem parte de sua filosofia.

Ela é “uma instituição essencialmente humanitária, procurando realizar as melhores condições de vida social, que exige o máximo altruísmo e o sacrifício de quaisquer interesses materiais e morais ao bem estar dos semelhantes, que estende a

<sup>40</sup> Bíblia Sagrada — Jo. VIII, 7, Lisboa, Paulos, 1993.

<sup>41</sup> Informações disponíveis no site oficial — <http://www.amorc.org.br> - acessado em 30.05.2013.

todos os homens os laços fraternais que unem os Maçons, que considera o trabalho e a solidariedade como deveres essenciais do Homem — que honram igualmente o trabalho intelectual e o trabalho manual”<sup>42</sup>.

Muitas foram as perseguições contra a Maçonaria dentro da história. Mesmo em Portugal, através do projeto de lei nº 2 de 1935, de autoria do Sr. José Cabral, que propunha, “fortes sanções (com exceção da pena de morte) para todos quantos pertençam ao que o seu autor chama – associações secretas, sejam quais forem os seus fins e organizações”<sup>43</sup>.

Face ao desconhecimento comum em relação à Maçonaria, e de acordo com o contraponto de Fernando Pessoa<sup>44</sup>, sobre o Projeto de Lei nº 2/35, esta não é uma associação secreta e sim uma Ordem Iniciática, também podendo ser vista como uma sociedade fraternal.

“Na Maçonaria não há mistérios, existem apenas sinais de reconhecimento e símbolos. Julgo que nunca constituiu perigo ou ameaça a existência de meios de reconhecer os amigos ou de ensinar sob fórmulas concretas, para facilitar a assimilação, a procura da perfeição moral e a prática do amor fraternal. Os símbolos existem em instituições da mais alta moralidade, nos exércitos, na magistratura e em tantas outras. A bandeira nacional nada mais é, em cada Nação, do que o sagrado símbolo da Pátria, amada acima de tudo”<sup>45</sup>.

Os integrantes da Maçonaria cultivam os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Ela contou com a participação dos iluministas Voltaire, Marquês de Pombal, Montesquieu e Dom Pedro I (do Brasil).

### **3.4. Associações contemporâneas que aproximam a fraternidade à Ciência Jurídica**

Também existem associações mais recentes que praticam uma cultura fraterna e já estabelecem contatos com os mais variados ramos da sociedade, tais como o Movimento dos Focolares. O embrião desse movimento nasceu em Trento na Itália no ano de 1943, tendo como fundadora Chiara Lubich. No Brasil, o movimento surge em 1959 apoiado pela companheira de Chiara Lubich, Ginetta Calliari<sup>46</sup>.

Entre os objetivos desse movimento estão a criação e fortalecimento de diálogos fraternos entre a família humana, sendo também responsável pelo entrosamento entre diversas religiões e também de pessoas sem referencial religioso, além de disseminar a fraternidade em vários segmentos da sociedade como cultura, política, ciência, artes e

<sup>42</sup> Trecho da carta aberta de Norton de Matos ao Sr. José Cabral considerando uma grande ofensa o projeto de lei nº 2 de 1935 que foi recebido como lei (lei nº 1901/35), aprovado por unanimidade pela Assembleia Legislativa em 6 de abril do mesmo ano, e só foi revogada em 7 de novembro de 1974 através do Decreto-Lei nº 594/74.

<sup>43</sup> PESSOA, Fernando; MATOS, Norton — *Antologia a Maçonaria*, Lisboa, Polimpresso, 1988, p. 7.

<sup>44</sup> Fernando Pessoa, que não era Maçom, reagiu fortemente contra o projeto de lei, como se verificou pelo célebre artigo do “Diário de Lisboa” nº 4.388 de 4 de fevereiro de 1935.

<sup>45</sup> PESSOA, Fernando; MATOS, Norton — *Antologia a Maçonaria*, Lisboa, Polimpresso, 1988, p. 48.

<sup>46</sup> Disponível em <http://direitoefraternidade.blogspot.pt/2013/01/o-que-e-direito-e-fraternidade.html> - acessado em 06/02/2013.

Direito. O movimento vem estabelecendo fortes laços entre a fraternidade e a cultura jurídica.

Já na ordem internacional, há também a *Comunione e Diritto* tendo por objetivo “o compromisso de aplicar a categoria da fraternidade para desenvolver e disseminar uma nova cultura jurídica (...). Promover e apoiar as mais diversas iniciativas baseadas no relacionamento fraterno entre operadores do Direito e entre mundos jurídicos e sociedade civil”<sup>47</sup>.

Importa salientar que as entidades pesquisadas, mesmo com filosofias diferentes, contribuem para uma reflexão acerca da necessidade de uma sociedade mais fraterna, pluralista e sem preconceitos. A título de exemplo, ainda pode ser citada a teoria jurídica do Capitalismo Humanista, idealizada por Ricardo Sayeg, a qual tenta harmonizar a incidência pluridimensional dos Direitos Humanos com os fundamentos jurídicos do capitalismo. Para esta teoria, a Constituição Federal tem como estrutura fundamental os Direitos Humanos, sendo pautada no humanismo cristão e na universalidade dos direitos subjetivos, essa teoria enxerga a todos como irmãos.

Crê-se, em suma, que há duas formas de se exteriorizar a fraternidade: uma voltada para as relações interpessoais, que são relações de convívio numa dada sociedade que pode ser chamada de *fraternidade privada*, e outra voltada para as instituições estabelecidas, aqui englobando o judiciário, o poder público e demais setores da sociedade, todos com o dever de contribuir para uma sociedade mais fraterna, em que seja possível o atingimento do bem-estar coletivo, podendo ser chamada de *fraternidade pública*.

Ainda que a fraternidade seja observada de formas diferentes, e sobretudo, conotativamente diferente, variando conforme a cultura de cada um, no que toca a fraternidade privada e a fraternidade pública, entende-se que elas não podem ser livremente, ou autonomamente, interpretadas, pois uma reforça a ideia da outra, uma alimenta a outra, e é na sua interligação que o homem se torna um ser ainda mais evoluído, mais solidário, capaz de se aproximar da felicidade na terra, não olvidando, obviamente, a necessidade de se ter em conta um meio ambiente equilibrado para que essa convivência seja possível.

#### **4. A Constitucionalização da Fraternidade — Textos históricos e Constituições, suas relações com a Fraternidade**

##### **4.1. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o Direito Fraterno**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), inspirada pelos pressupostos do Direito Natural, é tida como um dos resultados mais pulsantes da Revolução Francesa que teve e tem a função de iluminar o campo jurídico até os dias atuais. Texto de grande importância

<sup>47</sup> Disponível em <http://foculares.org.br/sitenacional/2013/01/25/nova-otica-no-direito-a-fraternidade/> - acessado em 06 de fevereiro de 2013.

histórica, influenciou a elaboração de diversas Constituições e Declarações de dimensão jurídico-política pelo mundo. Ela integra, atualmente, o chamado bloco de constitucionalidade do Direito Francês haja vista seu *status* constitucional.

O texto tem uma carga axiológica incomensurável, pela sua rápida leitura, obtém-se o fundamento de diversos direitos e princípios, tais como o direito à liberdade, direito à igualdade, direito de propriedade, direito à liberdade de opinião, o princípio do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*<sup>48</sup> e o princípio da separação dos poderes. Esses são os explícitos. Fora isso há ainda os direitos implícitos, talvez os mais importantes pela sua profundidade. Entre eles estão o princípio da dignidade humana, o princípio da manutenção da paz, a inalienabilidade dos direitos, a segurança jurídica e os valores dos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Sendo o Direito Fraterno um Direito que se desenvolve para maior valorização do homem e confere uma carga máxima de dignidade do trato entre os seus iguais, pode-se perceber uma clara ponte entre o Direito Fraterno e a Declaração Francesa.

#### **4.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Fraternidade**

A essência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi tomada como fundamento justificador para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Promulgado pelas Nações Unidas como um verdadeiro núcleo irradiador de direitos que tocam a todo e qualquer homem, pelo simples fato de que cada homem traz em si parte da humanidade, seu texto é de grande importância na análise da evolução e conquista dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos “é um texto constitucional geral e global (...) tem vida própria e deve ser interpretado como pedra angular de uma humanidade pacífica, concorde e progressiva, com passo de gigante rumo ao novo paradigma que se anuncia para o século XXI: um verdadeiro direito humanista fraterno”<sup>49</sup>, ela está impregnada pelo espírito da fraternidade. Logo no seu artigo primeiro, encontramos referência expressa à Fraternidade: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”<sup>50</sup>.

A união de esforços entre as Nações reclama, então, pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito e contribui para o universalismo dos direitos que são próprios e naturais ao homem, anseia ainda por uma sociedade livre de preconceitos, com mais dignidade e qualidade de vida para a humanidade, com mais segurança jurídica, com menos desigualdades entre os homens. Esse esforço conjunto, em sua essência, é o que aninha o Direito Fraterno.

<sup>48</sup> Brocardo Latino utilizado no sistema penal que significa que não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina.

<sup>49</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 29.

<sup>50</sup> Artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos — disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) - acessado em 01.07.2013.



É próprio então dizer que o Direito Fraternal é um reencontro, um retorno que se funda nesse texto de grande dimensão. “A Declaração Universal dos Direitos do Homem indicava a todos o caminho: é que nascendo todos livres e iguais em dignidade e direitos, e sendo todos dotados de razão e de consciência, devem — consequentemente — agir uns para com os outros em *espírito de fraternidade*”<sup>51</sup> como preleciona Paulo Ferreira da Cunha.

### 4.3. A Constituição da República Portuguesa e a Fraternidade

O Preâmbulo de uma Constituição funciona como o bilhete de identidade de um povo, é nele que se pode encontrar seus valores, sua direção jurídico-política, seu contexto histórico, suas bases filosóficas e o sentimento político de sua Nação. Embora não constando diretamente nas Cláusulas Pétreas, o Preâmbulo tem uma essência rígida e até imutável. Alterar o Preâmbulo de uma Constituição é alterar a essência constitucional, é querer mudar o ideal de um povo diante do momento histórico ao qual foi criado.

Nas lições de Marcelo Neves, o Preâmbulo não pode ser enquadrado como uma legislação simbólica, porque “apesar da função simbólica das declarações contidas nos textos constitucionais e seus preâmbulos, elas podem servir também à interpretação e, portanto, à concretização normativa do texto constitucional”<sup>52</sup>.

A grande maioria das Constituições representam um contexto histórico revolucionário. A Constituição Portuguesa não foi diferente, pois com ela o povo português retomou a democracia e recuperou os Direitos e Liberdades Fundamentais, tão essenciais para uma vida digna. O Preâmbulo constitucional Português, foi o “último texto votado pela Assembleia Constituinte, a qual aprovou, sem modificações, o que constava do parecer da Comissão constituída para o efeito”<sup>53</sup>. Esse texto inaugural interpreta e harmoniza-se com o sentimento do seu povo como forma de libertação do regime ditatorial vivido até o ano de 1974.

A Constituição de Portugal de 1976, alinhada com os princípios de um Estado Democrático de Direito e garantidora dos Direitos e Liberdades Fundamentais, já em seu Preâmbulo, afina-se com o espírito fraternal, “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo Português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraternal”<sup>54</sup>.

Também no corpo constitucional lusitano, pode-se perceber o compromisso com as bases para uma sociedade fraternal, como é o caso do seu artigo 1º: “Portugal é uma

<sup>51</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 33.

<sup>52</sup> NEVES, Marcelo — *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 32.

<sup>53</sup> MIRANDA, Jorge et al. — *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Petrony, 1977, p. 19.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, Ed. Coimbra, 2011, p. 09.

República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>55</sup>; além disso tem-se ainda a solidariedade, numa perspectiva não preconceituosa, ambiental e social, nos artigos 63º, 66º, 71º e 73º, todos com encargo clarificadores e de reforço para a construção de uma sociedade mais fraterna.

O respeito pela dignidade da pessoa humana, a solução pacífica dos conflitos internacionais, a cooperação entre os povos para a emancipação e o progresso da humanidade, a dignidade social, a promoção do bem-estar e da qualidade de vida, a igualdade entre homens e mulheres, o espírito de tolerância, a compreensão mútua e a própria harmonização do texto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre tantos outros importantes valores e princípios constitucionais ventilados pela Constituição Portuguesa, coadunados com o direito à liberdade e a igualdade ali estabelecidos, dão o suporte jurídico-filosófico para o Direito Fraternal.

Nesse mesmo caminho, há ainda as Constituições que, de certa forma, foram iluminadas pelos mesmos ideais da Constituição de Portugal. São as dos países lusófonos que trazem de forma expressa a aspiração pela construção de uma sociedade fraterna. Dentro deste cenário, encontramos referência explícita à fraternidade nos Preâmbulos das Constituições do Timor-Leste<sup>56</sup> e de Angola<sup>57</sup>.

E de forma implícita também encontra-se referência a valores que, se não são sinônimos são muito próximos à fraternidade, tal como a solidariedade, como é o caso da Constituição de Cabo Verde que espalha por todo o seu corpo textual a construção de uma sociedade solidária<sup>58</sup>.

Nesse mesmo sentido tem-se a Constituição de Moçambique que traz a essência da fraternidade quando assegura uma educação à criança voltada para o amor à pátria, a igualdade entre os homens e mulheres, respeito e solidariedade social, bem como o respeito para com seus semelhantes pautado na não discriminação, na tolerância recíproca e na solidariedade, inserido no artigo 44 daquele texto<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>56</sup> “Reafirmam solenemente a sua determinação em combater todas as formas de tirania, opressão, dominação e segregação social, cultural ou religiosa, defender a independência nacional, respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão, assegurar o princípio da separação de poderes na organização do Estado e estabelecer as regras essenciais da democracia pluralista, tendo em vista a construção de um país justo e próspero e o desenvolvimento de uma sociedade solidária e fraterna” – disponível em <http://timor-leste.gov.tl> - Acessado em 01.07.2013.

<sup>57</sup> “Revestidos de uma cultura de tolerância e profundamente comprometidos com a reconciliação, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento; Decididos a construir uma sociedade fundada na equidade de oportunidades, no compromisso, na fraternidade e na unidade na diversidade” - disponível em [http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao\\_da\\_Republica\\_de\\_Angola.pdf](http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf). - acessado em 01.07.2013.

<sup>58</sup> A educação das crianças até às entidades institucionais são orientada para uma convivência fraterna. Disponível em – [www.icrc.org](http://www.icrc.org) - Acessado em 01.07.2013.

<sup>59</sup> Disponível em <http://www.mozambique.mz/pdf/constituicao.pdf> - acessado em 01.07.2013, a Constituição de Moçambique, assim como a de Cabo Verde espalha por todo o seu texto a necessidade da construção de uma sociedade fraterna e solidária.

A Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe segue a mesma sorte quando dispõe no seu artigo primeiro a referência à “construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na defesa dos Direitos do Homem e na solidariedade activa entre os homens e todos os povos”<sup>60</sup>.

Todos esses textos promovem a união entre os povo, articulados dentro de um conceito amplo de fraternidade e solidariedade. O Direito Fraternal se alimenta exatamente desse espírito, um conceito de não violência e de preservação, resgate e fortalecimento dos direitos humanos, da liberdade e da igualdade entre os povos.

#### **4.4. A Constituição da República Federativa do Brasil e a Fraternidade**

Como visto, o Preâmbulo constitucional serve como norte interpretativo da Constituição, indica a postura ideológica do país e de seu sistema político. No Brasil, o STF em sede de ADI (nº 2.076/2002-AC), fixou jurisprudência ao estabelecer que o Preâmbulo constitucional não tem valor jurídico-normativo e que apesar de ser parte integrante do texto e com ele se harmonizar, não tem força jurídica — por si só — para, por exemplo, sancionar eventual descumprimento direto ao seu texto.

A discussão que se instaurou na Corte Brasileira veio à baila mais especificamente por constar no Preâmbulo a menção a Deus. Naturalmente que, sendo o Estado laico, aparentemente isso poderia ser interpretado como uma inconsistência política. Tal discussão já foi superada, tanto pela doutrina como pelos tribunais, pois a invocação da proteção de Deus não deve ser confundida com a necessidade de sua reprodução obrigatória, sendo certo que “o Preâmbulo não é um conjunto de normas; é um conjunto de princípios (...) não cria direitos ou deveres; (...) não há inconstitucionalidade por violação dos princípios nele consignados”<sup>61</sup>, não tem força cogente.

Na visão de Paulo Ferreira da Cunha, a “Constituição de 1988 é uma das mais progressivas do mundo, embora o seu carácter detalhista possa fazê-la conter elementos materialmente espúrios”<sup>62</sup>, como é o caso do artigo 224, parágrafo 2º: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Observada a importância axiológica que um Preâmbulo constitucional tem para seu povo, pois, também tem a função de reforçar os princípios espalhados pelos seu corpo, a Constituição do Brasil também reflete um ideal fraternal em seu texto inaugural.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

<sup>60</sup> Artigo 1º da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe - Disponível em [www2.camara.gov.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e](http://www2.camara.gov.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e) acessado em 01.07.2013.

<sup>61</sup> MIRANDA, Jorge et al. — *Estudos sobre a Constituição*, 1º volume. Lisboa, Petrony, 1977, p. 19.

<sup>62</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006, p. 225.

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”<sup>63</sup>.

Também em seus objetivos fundamentais, a Constituição do Brasil se preocupa com o erguimento de uma sociedade mais evoluída. Ao eleger a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*, demonstra a harmonização com alguns dos elementos do Direito Fraternal. É o que se percebe das suas dimensões política, social e fraternal: a. dimensão política (uma sociedade livre); b. a dimensão social (uma sociedade justa); c. a dimensão fraternal (uma sociedade solidária).

A recepção do decreto nº. 6949 de 25 de agosto de 2009<sup>64</sup> pelo ordenamento jurídico brasileiro, reforça a tese de uma Constituição que se preocupa com a consolidação de um constitucionalismo fraternal. Tal como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão integram o bloco de constitucionalidade do direito francês (*bloc de constitutionnalité*), o decreto nº 6949/09 integra o bloco de constitucionalidade do Direito Brasileiro. O decreto versa sobre os direitos das pessoas com deficiência, e foi recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional em conformidade com a regra do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

É natural entender que quando a Constituição confere tratamento com dimensão constitucional a um tema, está com isso querendo dizer que o conteúdo eleito é de extrema importância dentro do seu sistema axiológico, é em verdade, algo que vem ao encontro dos valores constitucionais estabelecidos. Portanto, quando a Constituição do Brasil elevou o decreto nº 6949/09 a *status* constitucional, formando assim o bloco de constitucionalidade, o fez pautado no Direito Fraternal, que passa a enxergar o outro como irmão, inserido, efetivamente, como um igual dentro de uma sociedade tão desigual. A ação se deu com o objetivo de amenizar os efeitos sofridos por grupos histórica e reiteradamente excluídos e/ou estigmatizados, que é uma das bases do Direito Fraternal.

Em tese, não haveria necessidade de a Constituição receber um convenção que trate especificamente sobre os direitos das pessoas com deficiência, pois já há no corpo constitucional diversos dispositivos — que são anteriores à recepção do decreto — que garantem, especificamente a dignidade através de direitos positivados às pessoas com deficiência, como por exemplo o artigo 6º, inciso XXXI que prevê a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão dos trabalhadores portadores de deficiência; além do artigo 23, inciso II, que estabelece como competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado da

<sup>63</sup> Vade Mecum — *Constituição Federal*, São Paulo, Saraiva, 2011.

<sup>64</sup> O decreto trata sobre a convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm) - acessado em 02.07.13.

saúde e assistência pública e a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, entre tantos outros.

É com a finalidade de estabelecer diferenças para aproximar-se da igualdade e ao reconhecer a importância dos princípios e diretrizes de política contidos no programa de ação mundial para as pessoas deficientes, mas antes disso, ao ter a consciência política da dimensão de um Direito Fraterno coadunado ao reconhecimento de seu dever para com os menos beneficiados, entendeu o legislador constituinte derivado, recepcionar o decreto ora em análise.

Vê-se que o decreto em análise não traz expressamente o termo fraternidade e/ou solidariedade. Então o que motivou a criação do decreto, bem como a sua recepção pelo Direito Brasileiro, se não o espírito fraterno? O decreto se baseou nos “princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”<sup>65</sup>, por esse fundamento é que fica ainda mais fácil de perceber o emergir do Direito Fraterno, plasmado do decreto nº 6949/09 que passou a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro.

#### **4.5. Outras Constituições que elegem a Fraternidade como valores políticos**

##### **4.5.1. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos**

A Constituição Política dos Estado Unidos Mexicanos de 1917, traz em seu artigo terceiro, letra “c” um forte viés de dimensão fraterna: “c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos”<sup>66</sup>.

O texto em análise, além de ter sido um dos primeiros documentos a consagrar constitucionalmente diversos direitos do trabalhador, traz o perfil de refletir o fraterno convívio entre os povos. Através da ideia de comunhão ali estabelecida, verifica-se a ideia do que vem a ser o Direito Fraterno: “é um direito que é para todos, é inclusivo”<sup>67</sup>. O respeito pela diversidade cultural, estabelecido pela Constituição Mexicana vai ao encontro do essencial ao Direito Fraterno.

<sup>65</sup> Letra (a) do Preâmbulo do decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009 - disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm).

<sup>66</sup> Tradução livre: "Contribuirá para uma convivência humana melhor, a fim de fortalecer o apreço e respeito pela diversidade cultural, a dignidade da pessoa, a integridade da família, a convicção do interesse geral da sociedade, os ideais de fraternidade e igualdade de direitos de todos, evitando os privilégios de raças, de religião, de grupos, de sexos ou de indivíduos". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - Disponível em: [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx) - acesso em 01.07.2013

<sup>67</sup> VIAL, Sandra Regina Martini — *Sociedade Complexa e o Direito Fraterno*, in “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica”, nº 3, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

#### 4.5.2. A Constituição da Índia (Preâmbulo)

Talvez a Índia, por ser um país marcado pela pluralidade em que reúne uma variedade de costumes, línguas, hábitos, tradições e religiões, possa ser um excelente laboratório de observação de como o Direito deve moldar-se para acompanhar o desenvolvimento da sociedade e, ao mesmo tempo, tentar transformar uma realidade marcada pelas desigualdade cultural e historicamente observadas.

Assim diante de um cenário em que a desigualdade social e financeira é latente, o Direito Indiano tenta estabelecer pontes entre a tradição e a atual modernidade, num Estado em que a cultura local se faz impregnada pelas diversas religiões tão presentes.

A Constituição, na busca de um país mais justo e mais fraterno, parece desafiar a história, isso se percebe imediatamente quando a mesma determina, expressamente: a. a abolição do sistema de castas; b. proíbe qualquer tipo de trabalho forçado; c. proíbe o tráfico de seres humanos; d. proíbe o emprego de mão de obra infantil nas minas do país; e. proíbe qualquer tipo de preconceitos que tenham por base a religiosidade.

O Preâmbulo da Constituição da Índia insere-se, portanto, num contexto voltado à construção de uma sociedade fraterna. As garantias da justiça, da liberdade de expressão e de pensamento, a liberdade de crença, fé e culto e a igualdade de oportunidades de *status* e a promoção da fraternidade destacadas em seu Preâmbulo<sup>68</sup>, promovem ao seu povo maior dignidade humana e, à sociedade, fica atribuída a consolidação da fraternidade como uma categoria constitucional.

#### 4.5.3. A Constituição Federal da Confederação da Suíça (Preâmbulo)

O Preâmbulo da atual Constituição da Confederação Suíça de 1999, também chama a atenção. Além da exaltação pelos princípios da liberdade, da paz e da preocupação com o bem-estar dos mais fracos.

A Suíça é um país politicamente comprometido com a solidariedade, com a igualdade entre homens e mulheres e com a liberdade de seu povo. Tais nuances podem ser percebidas da leitura de seu Preâmbulo: “Au nom de Dieu Tout-Puissant! Le peuple et les cantons suisses, conscients de leur responsabilité envers la Création, résolus à renouveler leur alliance pour renforcer la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde, déterminés à vivre ensemble leurs diversités dans le respect de l'autre et l'équité, conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures, sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres, arrêtent la Constitution, que voici”<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Preâmbulo da Constituição da Índia disponível em - [http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss\(3\).pdf](http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss(3).pdf) - acesso em 01.07.2013.

<sup>69</sup> Tradução livre: “Em nome de Deus Todo Poderoso! O povo suíço e os cantões, conscientes de sua responsabilidade perante a criação, resolvido à renovar sua aliança para reforçar a liberdade, a democracia, a independência e a paz, em espírito de solidariedade e sinceridade perante o mundo, determinados a viver em unidade a sua pluralidade, com respeito mútuo e equidade, conscientes das conquistas comuns e de seu dever de assumir suas

Ao determinar que a força de seu povo se mede no bem-estar dos mais fracos, a Constituição da Suíça elege a fraternidade como guia para a direção de seu povo. Foi essa Constituição que introduziu expressa proibição à pena de morte no país, o que leva a crer, juntamente com os elementos analisados em seu Preâmbulo, pela sua compatibilidade com as bases e fundamentos do Direito Fraterno ao repudiar ações de desumanidade dentro da sociedade.

#### 4.5.4. A Constituição da Espanha

Por derradeiro, e com referência indireta à fraternidade mas longe de ter menor importância nesse estudo, tem-se ainda a Constituição da Espanha (La Constitución Española de 1978). O texto constitucional, em seu Preâmbulo<sup>70</sup>, traz o compromisso de estabelecer a justiça, a liberdade a segurança e a promoção do bem. Esses elementos, por si sós, já contribuem para a ideia de uma maior união entre os povos, com respeito às diferenças inatas a cada um.

Adicional a essa ideia de fraternidade, que já se constata fazer parte de vários textos constitucionais, a Constituição em comento traz, no artigo 45º, o pacto de uma solidariedade voltada para o uso racional dos recursos minerais e da necessidade de uma consciência ambiental coletiva, transfigurando assim a ideia de bem-estar e qualidade de vida. Veja-se o que traz o referido artigo:

“Artículo 45: Medio ambiente y calidad de vida.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”<sup>71</sup>.

É nesse sentido que na Constituição em análise se pode observar uma integração entre o Direito Fraterno com a necessidade de um meio ambiente equilibrado, no qual o

---

responsabilidades perante as gerações futuras, na certeza de que somente é livre aquele que faz uso de sua liberdade e que a força do povo se mede no bem-estar do mais fraco de seus membros, se dão a seguinte Constituição”. Disponível em <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf> - acessado em 01.07.2013.

<sup>70</sup> Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=1> - acessado em 01.07.2013.

<sup>71</sup> Tradução livre: Artigo 45: Meio ambiente e qualidade de vida. 1. Todos tem o direito a disfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo; 2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva; 3. Para aqueles que violem o disposto no artigo anterior, nos termos fixados pela lei, estabelecer-se-ão sanções penais ou, em seu caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado.

ciudadão tenha a verdadeira consciência de seu papel dentro da natureza e com isso possa cooperar para o bem-estar de todos. “El principio de que todos tenemos derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado significa una renovación del concepto de bienestar, como algo no mensurable solamente por la renta per cápita o la suma de la renta per cápita más las condiciones de vida. En realidad, el bienestar es el conjunto de esos dos elementos más el medio ambiente. Y por ser parte del bienestar, es lógico que el medio ambiente se convierta en un derecho del individuo y de la sociedad (para el presente y las generaciones venideras); ya no cabe considerarlo como un lujo, sino que al verse amenazado por doquier se transforma en necesidad de todos los ciudadanos”<sup>72</sup>-

73

Ayres Britto compartilha dessa tese por entender que o desenvolvimento social se pauta, também, em três grandes dimensões, sendo elas: a. a dimensão da pura justiça social; b. o tratamento respeitoso para os grupos que até hoje experimentam o trasto da discriminação social; c. a definitiva absorção da ideia de equilíbrio ecológico enquanto elemento da sua própria definição<sup>74</sup>. A consciência de um meio ambiente equilibrado é uma das preocupações desse autor que entende que uma *democracia fraternal* é, também, “caracterizada pela posituação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente (...)”<sup>75</sup>.

De forma direta ou indireta, observa-se que o valor da fraternidade está em vários textos constitucionais, não havendo necessidade explícita do seu termo para designar a dimensão fraterna de uma Constituição e conseqüentemente de seu povo. O valor político da fraternidade consta do eixo central da Constituição que deve manter-se de forma articulada com os seus valores sociais “a realidade constitucional pode ter ainda tanto peso que vá forçando paulatinamente o seu caminho para dentro da própria constituição formal”<sup>76</sup>, processo esse indispensável para que a Constituição, e no caso o Direito, não se tornem obsoletos.

É pautado nesses textos de grande relevância acadêmica, filosófica, política, social, histórica e cultural que, contando com uma luz própria e magnanimidade, encontramos uma enorme base para a reflexão do Direito Fraterno, e daí passa-se a acreditar na retomada prática dos princípios da revolução iluminista, e principalmente, na elevação da fraternidade como elemento constitucional capaz de se fazer mais presente no cotidiano político-jurídico, bem como nas ações de um povo culturalmente desenvolvido.

<sup>72</sup> TAMAMES, Ramón — *Introducción a la Constitución Española*, Madrid, Alianza, 1995, p. 83.

<sup>73</sup> Em tradução livre: “O princípio de que todos têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado significa uma renovação do conceito de bem-estar, não só mensurável pela renda per capita ou a soma da renda per capita mais as condições de vida. Na Realidade, o bem-estar é o conjunto destes dois elementos mais o meio ambiente. E por ser parte do bem estar, é lógico que o meio ambiente se converta em um direito do indivíduo e da sociedade (para as gerações presentes e futuras), já não pode ser considerado como um luxo, a não ser que se veja ameaçado ou ao se ver ameaçado por toda parte, se transforme em necessidade de todos os cidadãos.”

<sup>74</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010. p. 29.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>76</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 43.



## 5. Crítica em defesa da Constituição

A crítica que agora se traça concerne ao processo legislativo que, historicamente, atenta contra o corpo constitucional através de emendas desnecessárias ao texto – quando assim a constituição permite e conforme o seu grau de estabilidade.

Entende-se que, em vários momentos, não há a específica necessidade de alteração constitucional. Antes do legislador percorrer o caminho, aparentemente mais confortável, de alterar e, em muitas das vezes atacar a Constituição, é necessário o respeito e a vivência prática do que traz o texto maior de um país. “Não precisamos de novas Constituições, mas das nossas Constituições atuais, saídas do papel e do esquecimento”<sup>77</sup>.

Percebe-se algumas vezes, ao eleger a via da mutabilidade constitucional, que o que legislador tem por finalidade nem sempre é a solução do casos reais, e sim: a. atender a pressão externa direta do público; b. adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios<sup>78</sup>; ocorrendo como consequência a obstrução do caminho para que as reais necessidade sejam resolvidas. E é nesse processo que parece “não estar em causa os interesses imediatos dos súbditos, mas a grandeza ou glória do Estado”<sup>79</sup>, há a necessidade efetiva do Estado, em sua função legislativa, acolher os valores que são politicamente relevantes para a sociedade.

Esse fenômeno não é exclusivamente observado nas alterações constitucionais, também o observa-se na criação de leis infraconstitucionais sem qualquer utilidade ou de utilidade própria para servir interesses particulares. Certo é que, muitas vezes, não é preciso grandes alterações constitucionais mas sim vontade sócio-política para interpretar e implementar convenientemente o que já está posto na Constituição.

É o que Marcelo Neves preleciona em sua tese como *legislação álibi*<sup>80</sup>, a qual serve para designar o estado de legislar desnecessariamente, apenas para conter paixões ou satisfazer anseios de grupos triunfantes, em sinônimo de se render às pressões públicas direta e/ou apenas satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem com que isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Tem-se então que a “legislação álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *A Constituição em perigo*, in “Jornal Estado de Direito”, Brasil, nº 32, ano V, 2011. p. 09.

<sup>78</sup> Essas questões são mais profundamente tratadas por Marcelo Neves em *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 27-54.

<sup>79</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 33.

<sup>80</sup> Essa expressão é trazida por Kindermann e é amplamente explorada na obra de Marcelo Neves in *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 54. “A Legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública”.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 37-39.

Toda essa reflexão serve para analisar a hipotética possibilidade de uma codificação para o Direito Fraternal que a seguir verificar-se-á.

### **5.1. Há necessidade de uma codificação para o Direito Fraternal?**

Em se tratando do Direito Fraternal, uma possível posituação - como pretende Ágnes Lejbowicz ao propor eventual codificação sobre o tema<sup>82</sup>, nos leva a refletir sob dois ângulos diversos:

#### **I. Na hipótese de uma codificação:**

Em tese não soaria negativa uma codificação para o Direito Fraternal pois não se está tratando de uma questão de vitória legislativa em que grupos arraigados a seus valores e suas tendências ideológicas tentam influenciar/pressionar a atividade legiferante para verem triunfadas as suas concepções. Estar-se-ia diante de um processo que percorre as aspirações das mais diversas culturas civilizadamente evoluídas.

Isso ocorre porque o Direito Fraternal funciona como um vetor transversal e universal a todos, e que dificilmente um determinado grupo, raça ou etnia assumiria uma clara postura de confronto ante a ideia de um Direito Fraternal. A fraternidade existe em cada homem e em cada povo. Assim como a liberdade e a igualdade são prerrogativas naturais do homem, a fraternidade também o é.

Uma eventual codificação desse Direito funcionaria, por exemplo, como um princípio iluminador e humanizante das decisões judiciais. Imaginar a contraposição a essa ideia pode parecer, num primeiro momento, que se está assumindo uma postura contrária à própria humanidade, e conseqüentemente, contra si próprio.

A fraternidade é um bem imaterial da própria condição humana. Não se está diante de um valor que é mais presente em determinados grupos e que por consequência e divergência cultural é capaz de colidir com a tradição local, está-se diante de um supra valor, um valor tão profundo que não importa raça, cor, sexo, cultura, classe social, a fraternidade simplesmente é.

#### **II. Na hipótese de uma não-codificação.**

Por outro lado, entende-se que determinados valores ao serem positivados correm o risco de serem mal interpretados e, conseqüentemente, mal utilizados ou sub-explorados para o fim a que se destinam.

Portanto, por prudência, opina-se em não defender afincadamente, pelo menos nesse atual estágio, uma posituação de um Direito Fraternal (rígido, estático e impositivo). E nem mesmo se defende aqui a necessidade urgente de uma codificação para o uso do Direito Fraternal. Essa posição é assumida por entender-se que a própria interpretação da Constituição já confere bases suficientemente possíveis de sua

---

<sup>82</sup> Cf., VIAL, Sandra Regina Martini — *Sociedade Complexa e o Direito Fraternal*, in “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, nº 3, p.192.

aplicabilidade, ou seja, a Constituição possui a estrutura necessária para o despertar coletivo desse paradigma que pode ser utilizado nos casos práticos da vida, bastando para isso o conhecimento e a vontade de mudar, “a nova realidade e as preocupações de encontrar uma posição para o homem vão determinar, uma mudança de atitude no Direito Constitucional dos últimos tempos”<sup>83</sup> tal como já se faz na história do judiciário através das decisões que tomam por norte a justiça social, como as que serão adiante analisadas, por exemplo.

A positivação pode ter duas faces, uma pela qual, uma vez realizada, não se corre o perigo do esquecimento dos princípios estabelecidos. Aquilo que se põe no papel funciona como um pacto, podendo ser mais facilmente exigível. A outra face é mais complexa. Trata-se da possibilidade de se cair no vazio com o excesso de positivação, ou seja, a tarefa desenfreada de positivação dos princípios pode ser mal recebida no universo de interpretação normativa, podendo facilmente cair num *pan-principiologismo*<sup>84</sup>.

Para mais, há princípios (e normalmente ocorre isso com os princípios supremos), que valem mais a pena não serem positivados, evitando assim as mais diversas e errôneas interpretações e aplicações, sem contar com uma possível sua banalização. Assim, os princípios, “enquanto sem positivação podem ser guiados pelo bom senso, usados para o que realmente servem, com a positivação poderiam ser esquartejados em mil requisitos e mil e uma doutrinas desencontradas, obnubilados pelo tratamento *pro domo* e pela cortina de fumo “metodologismo”, essa doença infantil (ou senil) da Metodologia, a qual, porém, não é um Direito um assunto trivial nem pouco polêmico”<sup>85</sup>.

Portanto, enquanto não há a positivação do Direito Fraternal, que como já visto pode ser de uma grande valia para o Direito, as decisões nele pautadas são/serão/vão sendo, guiadas pelo bom senso e pela razoabilidade dos juízes — pautados pela hermenêutica — haja vista que o problema de normatividade só são encarados na prática do Direito, e é a partir daí que o judiciário dá a sua contribuição para a realização da justiça social, mas não só isso, contribui para a construção de uma sociedade com menos desigualdades na qual seus cidadãos tenham mais dignidade.

## 6. A evolução do Constitucionalismo até o Constitucionalismo Fraternal

É importante traçar um breve histórico do constitucionalismo para o acompanhamento da evolução e conquista dos direitos e perceber que atualmente o constitucionalismo fraternal já se faz presente no judiciário.

<sup>83</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt — *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 33.

<sup>84</sup> Conforme L. L. Streck, o “pan-principiologismo é um fenômeno que vem tomando conta da operacionalidade do direito; sendo uma verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade” - disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> - acessado em 01.07.2013.

<sup>85</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Dos princípios positivos & dos princípios supremos*, in Collatio 11, Abr-Jun 2012 – disponível em <http://www.hottopos.com/collat11/05-16PFC.pdf> - acessado em 01.07.2013.

O Direito Constitucional experimentou e ainda experimenta uma sensível evolução. Inicialmente observa-se a idade do Constitucionalismo Clássico (séc. XVIII) que fora marcado pela não intervenção do Estado em contraponto com um Estado absolutista da época. A preocupação com o Estado restringia-se à proteção das liberdades públicas e dos direitos civis e políticos. Essa postura, juntamente com o liberalismo econômico, ensejou um panorama repleto de desigualdades e, conseqüentemente, um cenário de revoluções, nomeadamente a Mexicana de 1910 e a Russa de 1917.

Diante da crise do Estado Liberal, a sociedade clamava por um ente político capaz de assegurar direitos sociais, econômicos e culturais, o que facilitou o surgimento do Estado Social do século XX. Os direitos requisitados foram constitucionalizados e o Estado passou a ser garantidor de direitos fundamentais através de prestações positivas, era o constitucionalismo social, no qual a Constituição passou a ter maior dimensão axiológica.

Logo após, o constitucionalismo recebeu nova roupagem, era então a esperança de um constitucionalismo que se harmonizava com o Estado Constitucional de Direito. Um constitucionalismo capaz de elevar a dignidade da pessoa humana em sua máxima efetividade, mas além disso, que promovesse a elevação da Constituição sendo a mesma agora observada como um sistema de preceitos vinculantes, capaz de interferir concretamente nas relações estabelecidas. Tem-se então o neoconstitucionalismo, preocupado com as mais variadas facetas de uma sociedade dinâmica, com o intuito de conferir mais efetividade para o sistema jurídico, “o desafio do neoconstitucionalismo vem, entre outras coisas, religar o Direito Constitucional à Filosofia do Direito”<sup>86</sup>.

O atual cenário não tem a pretensão de romper com o chamado neoconstitucionalismo, mas tem a função de criar interconexões capazes de conferir ainda mais efetividade para grupos que ainda são excluídos da sociedade, está-se diante do novo constitucionalismo (?). Para o STF do Brasil, a expressão Constitucionalismo Fraternal já vem sendo empregada. É mais um momento de viragem que passa o Direito mas muito ainda há para ser desenhado e (re)configurado dentro desse cenário.

A crítica à expressão *neoconstitucionalismo* vem traçada por Luigi Ferrajoli. Ele defende um constitucionalismo rígido que independe do grau de estabilidade escolhido pela Constituição de um país, sua proposta é pelo *constitucionalismo juspositivista* ou garantista, pelo qual entende que “não é uma superação do positivismo, mas, sim um reforço do positivismo”. Entende que o neoconstitucionalismo (que para Lenio Streck deveria chamar-se Constitucionalismo Contemporâneo) transforma os direitos fundamentais em valores ou princípios morais, abrindo caminho à ponderação, ocorrendo a fragilização da normatividade do Direito. Sua crítica entende que há a violação da separação dos poderes, quando há a autorização dos juízes que ao

---

<sup>86</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 44.

interpretar, criam normas jurídicas. Pelo lado oposto à sua crítica, Luigi Ferrajoli entende que há um *constitucionalismo jusnaturalista* ou *juspositivista*<sup>87</sup>.

Entende-se que sem uma esclarecedora e bem orientada interpretação da Constituição fica difícil efetivar a justiça social. A tarefa de interpretação não leva, obrigatoriamente à criação de normas. O juiz, em sua tarefa de análise, interpretação, aplicação e decisão, não raras vezes, depara-se com o problema causado pela pretensão positivista — a teórica subsunção geral dos fatos à norma nem sempre acompanha a realidade do mundo dos mortais.

Ademais, o cenário do ativismo judicial, se dá por conta da crise de representatividade democrática e pela ineficiência ou ausência de políticas públicas capazes de cumprir com o papel de realizador de direitos. É então que se abre espaço para a intervenção do Poder Judiciário com o fim de realizar justiça social, ou seja, há a transferência de questões políticas para o judiciários.

O juiz é responsável pela aplicação de Direito que entender mais justo para o caso e que possa atingir um resultado também justo. O “trabalho jurídico nem é mera aplicação automática da lei auto-determinada e vinculativa, nem a total discricionariedade em ver e aplicar a lei de acordo com a preferência ideológica”<sup>88</sup> o que, por um lado, engessaria sobremaneira o Direito e inviabilizaria a solução dos casos concretos causados por conta dos problemas da indeterminação da norma e, por outro lado, seria nefasto ao Direito por conta da perda da legitimidade e a possível ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Nesses casos, o limite ao ativismo judicial requer o respeito à *matéria prima*<sup>89</sup> a ser utilizado no caso concreto, sendo que sua decisão não pode servir de máscara para a realização de política, ela deve ser fundamentada em pressupostos e argumentos jurídicos.

Assim, o sistema de freios e contrapesos deve estar sempre acionado, para que não haja qualquer violação no e do sistema jurídico-político. Entender que o ativismo judicial é componente negativo, retira do Direito a sua função essencial que é acompanhar uma sociedade complexa e ainda mais, retira a sua finalidade precípua, que é a realização da justiça. Não se pode criar barreiras para efetivação de Direitos que não raras vezes, tem dificuldade de sair do papel, como por exemplo o Direito à Saúde, pelo qual, invariavelmente os necessitados recorrem à via judicial no intuito de terem acesso a medicamentos e tratamentos, isso quando os mesmos tem a grande sorte de não falecerem no curso da ação. É útil ter em mente que “o judiciário não tem do governo a

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz et al. — *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

<sup>88</sup> MARTINHO, Helena Gaspar — *CLS/TJUE – Indeterminação de Direito e Ativismo Judicial*, in “Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo, Coimbra, Almedina, 2011, p. 63.

<sup>89</sup> Para Duncan Kennedy “O Direito assemelha-se, assim, a uma pilha de tijolos – podemos construir com eles o que quisermos, embora estejamos limitados pelo número de tijolos e por outras circunstâncias – ou com um pedaço de barro que dois oleiros tentam modelar em sentidos opostos” in “*Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*” Cf.,: MARTINHO, Helena Gaspar — *CLS/TJUE – Indeterminação de Direito e Ativismo Judicial*, in “Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo, Coimbra, Almedina, 2011, p. 63.

função, mas tem do governo a força. A força de impedir o desgoverno, que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à Constituição”<sup>90</sup>.

No contexto do Constitucionalismo Fraternal, tem-se que o mesmo surge com a intensão de elevar os princípios da liberdade e da igualdade, mas ainda mais, conferir uma maior dimensão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se traços de um panorama propício à consolidação de um desenvolvimento social que é permeado por fatores mais humanos, quais sejam: a distribuição de bens comuns para a coletividade, a viabilização do estado de bem-estar, a preocupação mais ativa com o meio ambiente equilibrado para as gerações presentes e futuras, o tratamento não preconceituoso com grupos de vulneráveis e historicamente excluídos, a ideia de compartilhamento do mesmo espaço sem esquecer das diferenças inatas a cada um, em suma, é a esperança de poder contar com um Estado que garanta a dignidade no mínimo existencial. Esse cenário vem sendo realizado através do trabalho diário de um judiciário comprometido com tais direitos.

Para isso, é importante destacar a indispensabilidade da quebra de conceitos e comportamentos que são fundamentais para o estabelecimento desse novo paradigma, entre os quais podem ser citados: a concepção individualista e egoísta, o acesso limitado aos órgãos públicos e aos poderes constituídos, a visão estreita e utilitarista dos direitos fundamentais, a justiça quantitativa (que não se preocupa com a qualidade e sim com a quantidade), a falta de informações àqueles que não sabem por onde buscar seus direitos.

Parte da doutrina sedimenta a ideia que o Direito Fraternal, consolidado no constitucionalismo fraterno, resta localizado no que se chama de direitos de 3ª geração. Este trabalho entende que localizar o Direito Fraternal no tempo e no espaço, de certa forma o engessa e deixa escapar o ar de magnanimidade com que esse Direito vem à tona. Não que se entenda errada a sua posição (como direitos de 3ª geração ou dimensão), até para fins acadêmicos é plausível, no entanto, deixa de expressar a sua real dimensão e função.

### **7. A doutrina do Direito Fraternal. *Il Diritto Fraternal*. Direito Altruísta. Direito Humanista — Um novo paradigma jurídico — A necessidade da mudança de mentalidade.**

Há diversas expressões concordes que analisam esse novo/velho cenário jurídico. Todas essas expressões são faces de uma mesma moeda e, conjuntamente, dão o panorama desse novo Direito.

O Direito Fraternal não tem por projeto substituir o atual paradigma jurídico, mas agregar-se para encontrar soluções jurídicas e políticas mais adequadas com um sistema Constitucional, que tem por objetivo a criação de uma sociedade solidária. É evidente que se deve ter em conta que a ação do homem é ainda e, sempre será, fundamental nesse cenário de viragem, “num tempo utilitarista e egoísta como o nosso, convém

<sup>90</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010 p. 116.

recordar a fórmula: Age de forma a que consideres sempre a humanidade em ti próprio e nos demais como um fim e não como um meio”<sup>91</sup>.

É certo que o Direito Fraternal tem como alicerce mais estruturante, o arcabouço dos direitos humanos, podendo ser, inclusive, considerado uma de suas vigas mestras, no entanto, o Direito Fraternal tem uma dimensão maior que os Direitos Humanos, é através de uma concepção mais profunda das necessidades de uma sociedade e da busca pela efetiva justiça social que se encontra o Direito Fraternal.

Como visto, a maioria das Constituições trazem logo em seus preâmbulos os valores que entendem como supremos. É natural que um povo queira uma sociedade fraterna, que todos possam alcançar uma verdadeira comunidade.

### 7.1. *Il Diritto Fraternal* por Eligio Resta.

É com a constatação de que “os tempos do direito servo do poder e instrumento, aparelho ideológico do Estado, revestido de uma aura de *auctoritas* especialmente persuasiva acabaram – *rectius*, estão acabando”<sup>92</sup>, que se verifica uma crise nos paradigmas da ciência do Direito.

O sociólogo Eligio Resta centraliza suas críticas às ideias tradicionais de Estado, Estado-Nação, sociedade e Direito tal qual se impõem. Em seu livro, *Il Diritto Fraternal*, Resta entende que o Direito Fraternal é um Direito não impositivo, ao contrário, esse novo Direito cuida de diagnosticar as doenças causadas pela prática comum de um Direito Impositivo e prescrever possíveis alternativas para uma sociedade acostumada a enxergar o Direito como um produto do soberano.

Para ele, “o Direito Fraternal propõe então um jurar conjunto, na qual a sociedade deixa de enxergar o direito como um produto do soberano e passa a enxergá-lo como um produto de um igual, ou seja, um Direito não mais agarrado a figura do soberano, centrado no paternalismo, no *pater*, mas sim em um Direito que vem ao encontro da figura do *frater*, que recebe e aplica o direito não mais de uma forma imposta, mas de forma compartilhada, voltada para a maior capacidade de humanização de suas decisões”<sup>93</sup>.

Faz parte do estudo do Direito Fraternal de Eligio Resta a reflexão acerca de uma possível “constituição sem inimigos, uma constituição sem povo”<sup>94</sup>, a qual idealiza um povo mais desprendido de seus laços de pertença. É a proposta do abandono de um modelo fechado de cidadania. Esse processo é analisado também pelo que ocorre na prática quando pessoas que nascem num determinado país não guardam relação alguma de pertença de sentimento com esse território, por outro lado há casos mais complexos, nos quais pessoas que moram, por exemplo, mais de dez anos consecutivos num dado

<sup>91</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *O Essencial sobre a filosofia política romântica*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p. 12-13.

<sup>92</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 89.

<sup>93</sup> Cf. VIAL, Sandra Regina Martini — *Direito Fraternal*, in “Estudo & Debate”, Rio Grande do Sul, UNIVATES, 2004, p. 76.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 76.

país, sentem-se e vivem como cidadãos daquele país, mas que por uma questão burocrática, muitas vezes engessada, não se tornam, formalmente, cidadãos daquele país.

Resta clara a necessidade de reflexões sobre questões muito delicadas, como é o caso da crítica à soberania tratada por Eligio Resta: “sem a superação do dogma da soberania dos estados, não se poderá nunca colocar o problema do pacifismo. Só por um certo período de tempo, mais ou menos longo, a humanidade, disse Kelsen, se divide em estados: e não dito que o deva fazer para sempre. O estado aparece como um produto relativo de um tempo histórico bem definido, que coincide com esse tempo convencionalmente chamado ‘modernidade’. Superar o dogma da soberania deve ser então a ‘tarefa infinita’ que uma cultura jurídico-política deve com fadiga levar adiante”<sup>95</sup>.

O Direito que emerge não é pautado num conceito de *pai-soberano* ou *direito paterno*, agora o Direito Fraterno pauta-se por um juramento conjunto entre os homens-irmão: “é um direito jurado por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se decide compartilhar regras mínimas de convivências. Então é convencional, voltado para o futuro”<sup>96</sup>.

O Direito Fraterno estudado por Eligio Resta não é um Direito pautado na ideia ingênua que todos devem amar-se mutuamente, mas há uma ligação com pressupostos da não violência que devem percorrer a atitude de cada uma no seu dia-a-dia.

Baseado nesse cenário, é que se pode dizer que o cosmopolitismo é umas das vigas mestras do Direito Fraterno estudado por este autor, por compartilhar da ideia de que as fronteiras geográficas impostas pela sociedade servem de obstáculo ao avanço e aperfeiçoamento da mesma. O viés central é o de que a humanidade possa ser vista com um todo harmônico, mas sempre respeitando as suas diferenças que lhe são próprias.

## 7.2. O Direito Constitucional Altruísta por Michele Carducci

Michele Carducci se apoia na necessidade de efetivação da liberdade e da igualdade ao teorizar sobre um Direito Constitucional Altruísta. O autor não traz soluções para a crise instaurada no universo jurídico-político, mas contribui com reflexões acerca do acesso aos bens fundamentais que são de extrema importância para o direito à vida de grupos menos favorecidos. Ele retira a responsabilidade exclusiva do estado-nação em ter que promover meios de acesso aos bens fundamentais para com seus cidadãos e passa a compartilhar esse dever com a comunidade internacional por inteiro.

O Direito Altruísta é uma direito constitucional sensível ao outro. Esse direito tem por desafio estabelecer laços de amizade, sendo que a efetivação desse esse novo vínculo requer, primeiramente, a reparação dos danos que foram perpetrados, no curso

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>96</sup> *Ibidem*



da história, para com os povos mais oprimidos (principalmente aqueles que sofreram processos de violenta desnacionalização). Na mesma linha, o Direito Altruísta que questiona o próprio conceito de cidadania, vê-se numa posição de procurar meios capazes de articular princípios muito antagônicos numa sociedade extremamente complexa e assim, criar alianças entre visões individualistas e holísticas.

A Universalização democrática seria, para Carducci, “a única chance que é dada ao homem globalizado de pensar e construir novas linhas de amizade entre os povos e entre as nações, sem mais esferas sacrificais (...)”<sup>97</sup>, ela é caminho para um “*estar-em-comum da liberdade*”, este seria o ápice do Direito Altruísta, mas que conta com diversos obstáculos devido às diferenças culturais e mundividências que necessitam de um profundo processo de articulação e revisão de mentalidade para sua realização.

Para que se estabeleça esse cenário, Carducci sugere uma importante condição de validade, que reside num critério *não-sacrifical*<sup>98</sup>. Entende-se, portanto, que não há espaço para o sacrifício de um indivíduo em prol de um terceiro ou de terceiros. Esse sacrifício, se houver, deve ser razoável e equilibrado, pois o universalismo democrático, “não admite existir indivíduos que possam ser sacrificados para o ‘bem comum’, ou mesmo, para o ‘bem’ da maioria”<sup>99</sup>, ele requer a construção de uma sociedade efetivamente aberta e plural. O fato da possível reparação de injustiças do passado não pode servir como uma porta aberta para o acometimento de novas injustiças.

A aplicação desse remédio não pode ser pautada em uma fórmula teórica, ela requer um processo interpretativo capaz de alterar a forma de aplicação da justiça, coadunado com a presença de um espírito crítico no qual um ser humano possa ver o outro como um irmão. É imperioso que haja a união da vontade com a ideia de uma sociedade plural, ou seja, que essa ideia saia da folha de papel (do mundo das ideias) e desça ao mundo real. A concepção altruísta nada mais é que o Direito Fraternal, ambos respaldam-se nas ideias de bem comum, de cidadania desprendida de uma concepção individualista, de magnanimidade, de amizade e de olhar crítico para que, somadas à ideia de liberdade e de igualdade possam indicar o caminho para a justiça.

É necessária uma quebra da mentalidade egoísta na qual *somente os mais próximos interessam*<sup>100</sup>, pois essa cultura cega os homens para com os seus deveres com os seus iguais. Enquanto houver apenas o interesse dos mais próximos, apenas haverá justiça apenas para os mais próximos, assim, sem um alargamento de vista – sem uma quebra cultural – é provável que a humanidade continue sem saber qual o caminho para a efetividade dos valores políticos consolidados na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

<sup>97</sup> CARDUCCI, Michele — *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 22-23.

<sup>98</sup> A cláusula não-sacrifical está contida no princípio da diferença abordado por John Rawls.

<sup>99</sup> CARDUCCI, Michele — *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

<sup>100</sup> Expressão de Tqueville abordada por CARDUCCI, Michele — *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 43.

O Direito Altruísta, para além de ser um direito inclusivo – tal como o Direito Fraternal, no qual importa os direitos do homem e a necessidade de compartilhamento universal de um espaço preenchido por diferenças, percorre pela condição de fazer com que o homem possa ter meios de base para alcançar um real estado de bem-estar.

É a partir da conscientização que todos são diferentes e que tais diferenças devem ter tratamento específico, que o Direito Fraternal propõe a integração e o juramento conjunto para a efetivação dos Direitos que são atinentes a cada um, veja-se que “A pluralidade é a condição da ação humana pelo facto de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exactamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (Hanna Arendt).

### **7.3. O Direito Humanista por Carlos Ayres Britto**

Historicamente, o ser humano tem sido colocado no centro do universo, “é preciso tirar o povo da plateia e coloca-lo no palco das decisões que lhe digam respeito”<sup>101</sup>. É a partir dessa posição que Ayres Britto inicia sua reflexão acerca de uma sociedade que anseia por uma efetiva concretização de direitos que, evolutivamente e reiteradamente, são colocados no papel.

Com uma visão claramente ligada ao Direito Natural, Ayres Britto explana sobre a constitutividade da dignidade do homem ao dizer que “toda essa história e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade – inata – é o próprio direito a reconhecer o seguinte: a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano, em nós”<sup>102</sup>. Essa afirmativa guarda relação com as lições de um Direito que é próprio a todo e qualquer humano, tendo esse consciência ou não, ou seja, independe de positavações ou regulamento que o prevejam, sendo o humanismo a finalidade do próprio Direito.

Há, na obra de Ayres Britto importantes considerações a serem feitas. Para ele, uma real integração fraternal perpassa pela ideia de uma sociedade culturalmente avançada, com mais acesso aos órgãos do poder judiciário, com a permanente vivência de um pluralismo político e cultural, sem cair jamais em qualquer forma de preconceitos. A crítica traçada por ele é focada na clara visão de um humanismo de fachada, ou seja, um humanismo que hoje se percebe como simbólico, não havendo um autêntico humanismo e, clarifica seu posicionamento: “tanto Nova Iorque quanto Bruxelas não conseguem esconder que por debaixo deles há grupos de mendigos dividindo com a sarjeta suas últimas sobras de gente”<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> BRITTO, Carlos Ayres — *O Humanismo Como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010, p. 62.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 45.

A preocupação com os grupos historicamente excluídos também faz parte suas reflexões por um sistema jurídico mais fraterno e humano, bem como a necessidade de um meio ambiente equilibrado em que haja uma eficaz consciência coletiva da necessidade de sua proteção e manutenção.

Ainda assim, dentro da cultura humanista, que objetiva um alto padrão civilizatório, tratada por esse autor, é relevante a determinação do que é a *democracia fraternal*: “é caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliada com o não preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multireferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física”<sup>104</sup>.

Ayres Britto é ministro aposentado do STF do Brasil e, enquanto no exercício de suas funções, colaborou concretamente para a efetivação do Direito Fraterno na sociedade jurídica brasileira através do chamado constitucionalismo fraternal. O voto prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº. 3.768-4/2006) que entendeu por constitucional o artigo 39 da Lei Federal nº. 10.741/03 (conhecida como estatuto do idoso), a qual confere a gratuidade de transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, por exemplo, foi de uma grande *mais-valia* para consolidação do Direito Fraterno, que se verá mais detalhadamente em capítulo apropriado.

Em meio a esse cenário de tentativa de fortalecimento da dignidade humana e a busca por uma sociedade mais fraterna, três grandes questões são colocada por Ayres Britto, sendo elas: a. que metodologia ou providência institucional a tomar, diante de tão grandes distâncias entre o discurso e a prática do Direito? b. como fazer da melhor normatividade em abstrato a melhor experiência? c. como sair das pranchetas da Constituição para entrar nos altiplanos da vida?<sup>105</sup>

Essas questões não são de hoje. É comum tais questionamentos mesmo pelo homem médio e com pouca instrução, já que toca naquilo que é próprio a ele, a dignidade. A resposta perpassa pela necessidade de uma mudança de cultura jurídica e social, política e econômica, sem dúvida. Há a necessidade de uma “decidida mudança para *retrabalhar* a noção de humanismo, já que não deve ser visto apenas como o caminho que vai da humanidade para o homem, porém, simultaneamente, do homem para a humanidade”<sup>106</sup>.

Entende-se que a mudança de mentalidade não deve estar contida apenas nos bastidores político, com determinação de políticas públicas capazes de amenizar os efeitos sofridos por grupos historicamente excluídos, mas ainda mais, deve perpassar

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 51.

pela mentalidade dos juízes e demais operadores do Direito que devem funcionar como uma ponte entre a justiça em abstrato e a justiça em concreto, pois ainda carecem de uma abertura de espírito para entender que o Direito é mais amplo que a dura letra fria da lei. Somado a isso e, com a construção diária de recuperação de valores como a fraternidade, é que pode-se alterar positivamente a realidade da sociedade como um todo, e não apenas àqueles que se recorre às instituições jurídicas para verem efetivados seus direitos.

Há ainda que comprometer-se, a partir de um jurar conjunto proposto por Eligio Resta, a uma mudança que também atinja o ser humano do seu cotidiano e no modo como ele se relaciona com os demais, tudo isso em busca da construção de uma sociedade fraterna que possa sair das ideias de um Preâmbulo constitucional e passe a ser sentida e vivida por todos.

## **8. O Direito Fraterno presente nos vários ramos do Direito**

O Direito Fraterno já vem sendo observado em alguns áreas do Direito e sua aplicabilidade ocorre, se não em todas, mas em quase todas ramificações que cuidam da relação do homem com o homem, exatamente pelo seu caráter transdisciplinar. É através da hermenêutica, por exemplo, que os juízes, compreendendo a profundidade do Direito Fraterno, podem passar a aplicá-lo.

Tendo em vista o seu caráter interdisciplinar e o viés de ser ele um Direito que está voltado para a construção de uma sociedade mais justa e solidária é que se pode perceber sua inter-relação, por exemplo, com o Direito à saúde e com o Direito Penal.

### **8.1. Direito à Saúde e o Direito Fraterno**

Aith diz que saúde é “um bem jurídico relacionado de forma indissociável com o maior bem jurídico que existe, a vida. A saúde, longe de ser apenas a ausência de doenças ou enfermidade, configura-se no estado completo de bem-estar”<sup>107</sup>.

O Direito à saúde é resguardado na grande maioria das Constituições. Na Constituição de Portugal esse direito é resguardado do artigo 64º, já na Constituição do Brasil ele vem disposto no artigo 194, ambos com o compromisso de o Estado prestar um serviço de saúde de qualidade que seja compatível com a dignidade do homem.

No Brasil, a saúde passou a ser um Direito Fundamental com a Constituição de 1988 (atual Constituição), era a promessa de deixar de lado um sistema de saúde que acolhia apenas aqueles que contribuíam para a Previdência Social, para passar a ser um sistema universal que conferisse esse direito a todos.

---

<sup>107</sup> Cf., VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler — *O Direito à saúde e os determinantes sociais* in “Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo”, Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008, p. 280.

No Brasil os dados da saúde nem sempre são satisfatórios, os hospitais públicos invariavelmente não dispõem de leitos e medicamentos apropriados, não há médicos que bastem para atender a população carente e os que há nem sempre têm a especialidade condizente com as doenças apresentadas.

Para que esse Direito seja para todos, não basta que o sistema de saúde diga que é para todos, elegendo o princípio da universalidade, é necessário um pacto conjunto, um acordo no qual todos os envolvidos possam ser portadores de direitos e deveres, para que, quando um *contratado* olhar para outro não tenha dúvidas que esse direito não lhe falte assim como espera não lhe faltar. Além disso, é necessário que haja políticas públicas efetivas que possam ir além das diferenças regionais observadas num país tão grande como o Brasil.

Constata-se que o constitucionalismo fraterno – ao menos no Brasil, em sede de direito à saúde, que é o que agora se trata, é observado nas cortes de justiça através do chamado ativismo judicial.

Num cenário de constitucionalismo fraternal, é possível citar a decisão do STF do Brasil (RE nº. 271.286 AgR/RS de 2000<sup>108</sup>), que teve como relator o Min. Celso de Mello. O Recurso Extraordinário em questão tratou sobre o acesso a medicamentos em que um paciente, desprovido de recursos financeiros, era portador de HIV/AIDS/SIDA<sup>109</sup> e requeria acesso gratuito aos medicamentos/tratamento por entender que se constituía num dever do Estado a garantia do Direito à saúde.

Por votação unânime a ação foi provida e o direito de acesso à saúde reconhecido ao requerido, donde se extrai o breve trecho: “O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive, àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos: 5º, *caput* e 196 da CFB) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”<sup>110</sup>.

Certo é que, em tese, não necessitaria da via judicial para o acesso à saúde, mas quando as políticas públicas não se fazem capazes de concretizar os direitos fundamentais, a única via que resta para o cidadão é a judicial. Logo, o judiciário fica autorizado a utilizar da hermenêutica para conferir um estado de bem-estar e mais dignidade ao cidadão. Isso é que se percebe quando do chamamento do constitucionalismo fraterno. Nesse ponto resta claro a contribuição do Direito Fraterno ao direito à saúde e ainda mais, a necessidade presente de seu uso contínuo não apenas

---

<sup>108</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) - acessado em 01.07.2013.

<sup>109</sup> A SIDA é provocada pelo vírus da Imunodeficiência Humana (VIH) - fonte: <http://www.roche.pt/> - acessado em 02-07.2013.

<sup>110</sup> Trecho do voto do Min. Celso de Mello na ação RE 271286 STF Brasil - disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) - acessado em 02.07.2013.

pelo judiciário, mas pelo Poder Público no ato de implementação de políticas públicas que levem em consideração a realização do bem-estar de todos.

## 8.2. Direito Penal e o Direito Fraternal

O Direito Penal é outra área que já vem sendo abrangida pelo Direito Fraternal. Exatamente pelo caráter de interdisciplinaridade que é próprio desse novo Direito é que se pode analisá-lo no plano ideológico do legislador em sua tarefa. A criminalização de ações homofóbicas é um bom laboratório de observação nesse sentido.

A proteção e o tratamento não preconceituoso aos grupos de pessoas historicamente oprimidas, entendido como um dos fundamentos do Direito Fraternal trazido por Ayres Britto, conferiu ao legislador a consciência sócio-política da necessidade de criação de uma especial proteção aos homossexuais.

Na realidade Brasil, as estatísticas oficiais de violência contra os homossexuais está longe de corresponder a realidade, isso se dá pelo constrangimento social em que as vítimas são expostas ao procurarem seus direitos.

Alguns poucos Estados Brasileiros legislam sobre a criminalização de ações homofóbicas, mas ainda não há uma legislação federal a respeito do tema. Das poucas leis que se acham nesse sentido, podem ser citadas a Lei Estadual nº 10.948/01 de São Paulo<sup>111</sup> que sanciona práticas discriminatórias em razão da orientação sexual e o Decreto nº 34.350/13 do Distrito Federal<sup>112</sup>, que penaliza a conduta homofóbica no âmbito do comércio. Há ainda, nesse sentido, o programa administrado pela Secretaria de Direitos Humanos chamado “Brasil sem homofobia”<sup>113</sup> (programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual) que, entre outras ações, confere tratamento igualitário na saúde e na administração pública aos homossexuais.

Importante ressaltar que o fato de não haver no Brasil legislação federal que ofereça proteção aos homossexuais não impede que o judiciário utilize uma interpretação pautada no Direito Fraternal para assegurar os direitos que aqui se analisam. É o que se depreende do trecho do voto de Min. Luiz Fux que em sede de julgamento do RE nº. 687.432 AgR/MG de 2012, utilizou pressupostos do Direito Fraternal para conferir direito de igualdade entre as diferentes formas de famílias que hoje se apresentam: “A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Disponível em <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=306#anchor96536> - acessado em 05.07.13.

<sup>112</sup> Disponível em [http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2013/05\\_Maio/DODF%20Nº%20094%2009-05-2013/Seção01-%20094.pdf](http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2013/05_Maio/DODF%20Nº%20094%2009-05-2013/Seção01-%20094.pdf) - acessado em 05.07.2013.

<sup>113</sup> Programa completo disponível em meio digital [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil\\_sem\\_homofobia.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf) - acessado em 05.07.13

<sup>114</sup> Trecho do voto do Min. Luiz Fux ao entender que a família que dispõe o Código Civil brasileiro deve ser interpretada englobando as famílias provenientes de união homoafetivas: Disponível em

Em tese não haveria sentido a criação de legislações específicas para a proteção de grupos que sofrem os mais variados tipos de violência, moral, psicológica e física, por conta de suas orientações sexuais, haja vista que a própria Constituição repudia, logo nos seus princípios fundamentais, qualquer forma preconceitos, bem como a existência da legislação penal que há no caso de violência física.

No entanto o que se pode concluir é que a motivação que levou o legislativo à atividade em causa está plasmada no Direito Fraterno, ou seja, na consciência de enxergar o outro como um seu, na louvável ação de proteger os grupos mais vulneráveis e no ato de construir uma sociedade que caminha para consolidação da paz pela não-violência, pautada que deve ser, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

### **9. Estudo de casos — Decisões judiciais que já utilizam em suas fundamentações o Direito Fraterno**

A seguir, são comentadas algumas decisões que se fundamentam nos pressupostos do Direito Fraterno — é o chamado constitucionalismo vivo nos tribunais. Ainda que tais decisões não tragam direta e expressamente uma brilhante e bem desenhada teoria acerca do Direito em causa, pode-se, através de uma análise simplista, detectar o Direito Fraterno ali plasmado. As jurisprudências já podem e devem servir de guia para os demais operadores do direito, na busca de uma sociedade mais evoluída, como se segue.

#### **9.1. ADI nº. 3.510 de 2008 do STF do Brasil**

a. Requerente: Procurador-Geral da República (Dr. Cláudio Lemos Fonteles).

b. Requerido: Presidente da República.

c. Objeto: Lei Federal nº. 11.105/2005 “Lei da Biossegurança”<sup>115</sup> em seu artigo 5º.

d. Relator: Min. Carlos Ayres Britto.

e. *Amici Curiae*: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em prol da vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB

Cuida a ação sobre arguição de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança<sup>116</sup>.

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28homossexuais%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2dcbj7> - acessado em 05.07.13

<sup>115</sup> Lei da Biossegurança disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm) - acesso em 07.07.13

<sup>116</sup> Art. 5º da lei nº. 11.105/05: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I- sejam embriões inviáveis; II- sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação deste Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Argui o autor/requerente que o artigo em comento ofende o princípio constitucional do direito à vida e da dignidade, por entender que o embrião humano é vida humana e que por isso abala o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana e na proteção à vida, entendendo dessa forma pela incompatibilidade com a Constituição Federal do Brasil.

Por tratar-se de assunto de grande relevo social o relator convocou — ineditamente no Brasil — uma audiência pública junto ao STF para que houvesse a participação da comunidade científica e demais interessados. Isso se deu por conta da natureza multidisciplinar do tema e também pelo fato de que o mesmo era de interesse geral da humanidade.

Após diversos esclarecimentos científicos a respeito do tema, o relator entendeu pela total constitucionalidade do artigo 5º da “Lei de Biossegurança”, pautados nos postulados que seguem:

- que o embrião ali referido, não tem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural;
- entendeu pela descaracterização do aborto;
- entendeu que a pesquisa científica, a partir das células-tronco dos embriões em questão, é um caminho possível para salvar vidas e contribuir para a evolução da ciência geneticista;
- entendeu que a lei sendo declarada inconstitucional soaria, para geneticistas e embriologistas como uma desumana omissão de socorro, além de funcionar como falta de dignidade para com as pessoas que sofrem as mais variadas limitações humanas;

Resta claro que o relator da ação entendeu que a lei da biossegurança não poderia ter sido declarada inconstitucional pois a mesma se conforma com as normas fundamentais de uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar.

Incorpora ainda em seu voto as lições advindas de constitucionalismo liberal e social, bem como o pressuposto do Direito Fraterno de enxergar o outro como um ser de direitos, que possa ter uma vida mais digna sem ser vítima de preconceitos por eventuais deficiências, vendo para isso, uma grande aposta na ciência genética humana ao não receber a ADI ora em análise.

Sabedor do direito que o homem tem a um estado de bem-estar (mais um dos pressupostos do Direito Fraterno), o relator coloca seus olhos no futuro, em que, com o

---

§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.



avanço das pesquisas através das células-tronco acredita que possa ser possível que aqueles que mais necessitam, ou seja, aqueles que sofrem limitações patológicas e traumáticas “que severamente limitam atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”<sup>117</sup>, possam também partilhar desse mesmo estado de bem-estar tão querido por todos.

Bem caracterizado fica a postura de interpretação conforme o Direito Fraternal pelo que se destaca no trecho do voto que se transcreve:

“A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desprezo pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. *Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam.* Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”<sup>118</sup>.

Apoiou-se o relator no valor fundante da integração comunitária, no princípio do direito à vida, no tratamento digno, no direito à saúde, que é direito de todos e dever do Estado conforme os artigos 6º e 194 da CFB, que nada mais são que, em seu conjunto, o desejo por uma sociedade mais fraterna.

Esse trecho do voto da ação em comento é de extrema importância para o avanço e aprofundamento do Direito Fraternal visto como paradigma que possa ser utilizado como guia para os demais operadores do Direito quando do exercício de suas funções. É necessário que se dê ampla divulgação para sentenças como a que se acaba de expor, para o entendimento que o Direito Fraternal já se faz presente e pode ser usado como parâmetro de futuras decisões.

<sup>117</sup> Trecho do voto da ADI 3.510/08 - Voto na íntegra disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28biosseguran%E7a%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/akmdvzr> — acessado em 01.07.2013.

<sup>118</sup> *Ibidem*

## 9.2. ADI nº. 3.768-4 de 2006 do STF do Brasil

a. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – NTU.

b. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional.

c. Objeto: Lei Federal nº. 10.741/03 “Estatuto do Idoso”<sup>119</sup> em seu artigo 39 *caput*.

d. Relator: Min. Cármen Lúcia

Cuida a ação sobre arguição de inconstitucionalidade do artigo 39 do Estatuto do Idoso<sup>120</sup>.

Argui o autor/requerente que o artigo da lei em comento ofende a Constituição em diversos dispositivos (30 V, 37 XXI, 175, 194, 195 § 5º, 203 I e 230 § 2º) todos por ofender o direito constitucional daqueles que prestam serviço de transporte coletivo urbano por meio de permissão e de concessão.

Alega ainda que não há uma norma federal específica que contemple mecanismos de compensação financeira à gratuidade do serviço para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, para aqueles que prestam o serviço público de transporte coletivo urbano sob o regime de concessão ou permissão.

O STF entendeu pela total constitucionalidade do artigo 39 do “Estatuto do Idoso”, que fez pautados nos seguintes tópicos:

- entendeu pela inviabilidade de se declarar inconstitucional o artigo 39 do Estatuto do Idoso pelo motivo de que este fora redigido de forma a reproduzir o artigo 230 da CFB<sup>121</sup>;
- entendeu que a gratuidade de transporte público aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos não está condicionada à edição de ato normativo para o seu fiel cumprimento, sendo o artigo 230 §2º da CFB uma norma constitucional de eficácia plena;
- entendeu que não há qualquer abalo ao equilíbrio econômico-financeiro do

<sup>119</sup> Estatuto do Idoso, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm) - acesso em 07.07.13

<sup>120</sup> Art. 39 da Lei nº.10.741/2003: Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. § 1º. Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. § 2º. Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos. §3º. No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

<sup>121</sup> Art. 230 da CFB: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida. §1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares; §2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

contrato de concessão ou ato de permissão pois a gratuidade de transporte ao maiores de 65 (sessenta e cinco) anos já é de conhecimento quando do ato da assinatura do contrato servindo o fato para a fixação de política tarifária prévia;

O voto da relatora da ação leva em consideração o direito à qualidade de vida digna, a situação de vulnerabilidade econômica e social dos idosos que se servem dos transportes públicos e os deveres da sociedade para com os mesmo. Isso nada mais é do que a contraprestação, ou o reconhecimento, que a sociedade (através dos pressupostos do Direito Fraternal) pode conceder a quem já muito contribuiu para o desenvolvimento da mesma (os maiores de sessenta e cinco anos).

É sabido que a dignidade e o bem-estar dos idosos são elementos essenciais para que os mesmos possam participar da vida em sociedade. A Constituição ao conceder a gratuidade de transporte público contribui para o seu direito de ir e vir, num sistema em que (ao menos no Brasil) suas aposentadorias, quando há, são insuficientes para o sustento de suas necessidades básicas. Para tanto o Direito Fraternal traz exatamente essa vertente, ou seja, uma vertente integradora e não excludente, pautada na ação de universalização de direitos, não importando as diferenças, no caso a idade.

O Min. Ayres Britto em voto na mesma ação reconhece tratar-se da aplicação do Direito Fraternal e aduz que a gratuidade em causa não se refere a um direito social que exige ações distributivas por parte do Estado, “mas é uma categoria nova de direito, é um direito fraternal, a exigir ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como o dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência física e dos idosos”<sup>122</sup>.

E conclui seu voto, fundamentado num viés constitucionalmente fraternal, ao reconhecer que, “enquanto o serviço de transporte coletivo urbano é de interesse local, o direito do idoso não é de interesse local, é transcendente desse interesse local, é verdadeiramente nacional”<sup>123</sup>.

A partir na análise dessa Ação, fica cristalina a ideia de um Direito Fraternal vivo, que se já deixa a sua marca no judiciário e que já pode ser considerado como uma das etapas de mudança constitucional para a construção de uma sociedade verdadeiramente fraterna.

---

<sup>122</sup> Trecho do voto do Sr. Min. Carlos Ayres Britto – disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812> - acessado em 01.07.2013.

<sup>123</sup> *Ibidem*

### 9.3. ADC nº. 19 de 2012 do STF do Brasil

a. Requerente: Presidência da República

b. Objeto: Lei Federal nº. 11.340/06 “Lei Maria da Penha”<sup>124</sup> em seus artigos 1º, 33 e 41.

d. Relator: Min. Marco Aurélio.

Cuida a ação sobre a necessidade de assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº. 11.340/06, haja vista a existência de conflitos de interpretação.

O Plenário do STF declarou a constitucionalidade dos artigos da Lei em referência, por entender que a lei:

- Confere efetividade ao artigo 226 §8º da CFB<sup>125</sup> quando este impõe ao Estado dever de proteção da família e a assistência dessa na pessoa de cada um dos que a integram.
- Não é desproporcional quando usa o sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado.
- Apresenta-se no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça.
- Está em consonância com os direitos fundamentais (à luz da desigualdade) quando confere tratamento distinto de proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência.

O plenário do STF declarou a constitucionalidade do artigo 41 da lei por entender que os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada, independente de representação da vítima.

A declaração de constitucionalidade dos artigos em causa vem ao encontro do que se entende por mecanismos que garantem o bem-estar de todos, e no caso específico, o da mulher. A ação pública penal não poderia estar condicionada apenas à representação da vítima, pois o nível de desistência da ação para a reparação do dano sofrido está fortemente ligado ao medo da represália. “As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido, em razão da permanente coação moral e física que sofrem o que inibe a sua

---

<sup>124</sup> Lei Maria da Penha, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) - acesso em 07.07.13.

<sup>125</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

livre manifestação”<sup>126</sup>.

Ademais, a lei em comento não ofende o princípio da igualdade por escolher o sexo (feminino) como critério de proteção, ao contrário ela vem ao encontro do texto constitucional bem como a tese de que a igualdade não pode ser usada indiscriminadamente sob pena de ruína da dignidade humana, deve-se levar em consideração a medida das desigualdades para fortalecer a igualdade.

Assim, a fundamentação da decisão da ação que leva em consideração a legalidade de mecanismos de proteção à mulher, corrobora com a visão de um constitucionalismo fraterno, que atua no sentido de diminuir e/ou prevenir que grupos hipossuficientes permaneçam em situação de vulnerabilidade.

O Direito Fraterno indica a necessidade de o homem passar a ver o outro como um irmão (no sentido social, não religioso), ou seja, a partir de uma ótica de comunhão de valores, mas antes disso, a partir de uma ótica de humanismo que seja solidária e não preconceituosa. É daí que se entende a importância e a profundidade na fala da Min. Cármen Lúcia quando afirmou em sede de voto: “Enquanto houver uma mulher sofrendo violência neste planeta, eu me sentirei violentada”<sup>127</sup>.

O plenário, ao declarar que a lei em causa é constitucional, ou seja, a proteção específica à mulher contra a violência doméstica é compatível com a Constituição, o judiciário está dando provas que recebe e já faz uso desse Direito, o constitucionalismo fraternal, que protege os mais vulneráveis. Através da análise da ADC nº. 19/12, pode-se notar que a mulher é colocada no centro de proteção, tal como ocorre em estatutos específicos em que são colocados os idosos, as crianças e as pessoas com deficiência sob proteção legal, ou seja, todas aquelas que são tidas por vulneráveis e que não raras vezes são alvo de agressões (físicas e morais) bem como as mais variadas formas de preconceitos.

Há ainda várias outras jurisprudências do Supremo Tribunal Federal pesquisadas que utilizam como fundamentação o Constitucionalismo Fraternal<sup>128</sup>. Nesse sentido ainda pode-se citar a ADPF nº. 132 de 2011 do Rio de Janeiro, a qual reconhece a união homoafetiva como família para fins de conferir “interpretação conforme à Constituição”

<sup>126</sup> Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADC 19/12 – disponível <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845> — acessado em 01.07.2013.

<sup>127</sup> Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADC 19/12 – disponível <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845> — acessado em 01.07.2013.

<sup>128</sup> Confira demais decisões pesquisadas: Petição nº 3388 de 2009 de Roraima (a Constituição como estatuto do índio; demarcação de território indígena; a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária; resguardo dos direitos das minorias); ADPF 101 de 2009 do Distrito Federal (Direito Fraterno a partir de uma ótica da necessidade de um meio ambiente equilibrado; dever de conscientização de preservação do meio ambiente para demais gerações); RE nº 393175 AgR de 2007 do Rio Grande do Sul (pessoas com esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva crônica, com tentativa de suicídio; acesso a tratamento e medicamento; a distribuição gratuita de medicamentos é dever do Estado e representa um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade).

ao abrigo artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, o qual estabelece que “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

Nesta ação o STF recebeu a ação e firmou jurisprudência ao entender que a relação homoafetiva também se constitui como uma família à luz da Constituição e para fins do artigo 1.723 do Código Civil. O voto do Relator da ação, Min. Carlos Ayres Britto foi fundamentado no sentido de qualquer outra interpretação em sentido contrário seria preconceituosa e discriminatória. E prossegue mencionando, expressamente, o constitucionalismo fraternal que é plasmado no Preâmbulo da Constituição: “*(...) tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados*”<sup>129</sup>.

As decisões comentadas trazem à tona o início de uma mudança de mentalidade e de atitude que podem ser seguidas por outros operadores do Direito e dos mais variados ramos da sociedade.

Isso tudo corrobora com o entendimento, elucidado por Carlos Ayres Britto, de que uma sociedade culturalmente avançada é aquela que “*institui mecanismos de oportunidades aproximativamente nos campos da política, da economia e da educação formal, mais o acesso facilitado aos órgãos do poder judiciário, aos serviços públicos e à seguridade social, mais a vivência de um pluralismo político e também cultural, tendo por limite a não incidência jamais em preconceito*”<sup>130</sup>.

## Conclusão

Conscientes de tudo isso, a pergunta que aqui se estabelece é: Estamos prontos para assumir e aceitar o Direito Fraternal? A sociedade está disposta a encurtar a distância que há entre o discurso e a prática e se revelar como uma sociedade capaz de enxergar o outro como um seu igual? Temos a verdadeira intenção de mudar nossa realidade e assim alterar a realidade daqueles que nos cercam para fazer do mundo um mundo mais justo, mais digno e mais fraterno? Kant já alertava, “*Sapere aude! Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento!*”<sup>131</sup>

É pela consciência que o Direito Positivo se faz incapaz de resolver todos os casos da vida que se percebe a presença, cada vez maior, de decisões judiciais alicerçadas num Direito mais Humanístico e Fraternal. O cenário do atual/resgatado

<sup>129</sup> Íntegra do voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> acessado em 10.07.13

<sup>130</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010, p. 28.

<sup>131</sup> KANT, Immanuel — *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Ed. 70, p.11. (Trad. Artur Morão).

paradigma está delineado, a doutrina converge para o fortalecimento de um Direito mais humanístico e sua presença já vem sendo identificada nos mais variados ramos do Direito.

A finalidade do Direito não pode ser outra a não ser em conferir mais justiça ao mundo. A justificação do Direito Fraterno pode ser encontrada exatamente aí, na possibilidade de se perseguir a justiça agora apoiada por uma necessidade de mudança cultural, pautado na condição de reforçar e de intensificar os direitos fundamentais, num sentido de conferir maior dimensão à justiça social.

E é com esse sentimento, o de que a sociedade pode alcançar um alto nível de civilidade, que enxergamos nos pressupostos e na vivência do Direito Fraterno a possibilidade do caminho para um sociedade efetivamente fraterna.

O estabelecimento desse cenário deve perpassar para além de um constitucionalismo fraterno, deve obviamente ser desenhado a partir da integração de vontade política, social e cultural, na qual cada um possa realizar o seu papel na condição de participe desse novo paradigma.

Pretende-se então elevar e fortalecer a tríade francesa (ainda não consolidada), para que dentro de uma dimensão maior possa irradiar sua luminosidade no céu dos valores e de braços dados com suas vizinhas e irmãs, passe a fazer do mundo um lugar em que todos possam ser contemplados pelo bem-estar e assim atingir uma vida digna, de bem-estar, com o possível compartilhamento de valores, respeitando sempre as diferenças próprias de cada um.

A necessidade de uma mudança capaz de interferir positivamente na vida do cidadão se faz presente e isso depende também da iniciativa de uma sociedade disposta a se enxergar num mundo melhor (para ela e para as gerações vindouras), com o efetivo respeito ao meio ambiente e às pessoas que historicamente sofrem os mais variados tipos de preconceitos, depende ainda de um judiciário com abertura de conceitos e com maior qualidade de suas decisões, depende também da instituição de políticas públicas não-sacrificais e de um legislativo capaz de criar mecanismos inteligentes que sejam capazes de diminuir as diferenças observadas na sociedade, enfim, depende do homem e de sua vontade de mudar já que “mesmo um excelente referencial normativo para o concreto agir humano ainda não é o concreto agir humano”<sup>132</sup>.

Há a necessidade de construção de um debate que perpassasse pelas reflexões de uma real mentalidade jurídica capaz de estabelecer diálogos com a potencialidade de que juízes e operadores do Direito possam enxergar o Direito sob um prisma mais humano e menos estático. É necessário uma hermenêutica mais plural que interprete as normas constitucionais em paridade com as expectativas de uma sociedade dinâmica e complexa, com multividências plásticas.

---

<sup>132</sup> BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010, p. 43.

O estabelecimento desse novo paradigma ainda requer uma política que passe, efetivamente, a deixar à margem interesses de grupos e que passe a perseguir, juntamente com o legislativo e o judiciário, a realização ou o resgate dos valores sociais e políticos, voltados para a efetiva justiça social. Que esse diálogo perpassasse, mais do que aquilo que foi dito, por uma sociedade que reconheça o atual estado de crise social e que queira sair da inércia da lamentação inglória e passe a construir uma sociedade mais harmônica, mais humana e mais fraterna, sendo menos individualista, consumista e materialista.

Esse diálogo não pode ser fechado em cada soberania autônoma, mas deve envolver a comunidade internacional, para uma mudança do mesmo nível.

“Essa mudança, mais que tudo, percorre uma visão de humanidade que se tem de libertar das suas cadeias mentais, da preguiça, da cobardia e do preconceito, e que tem de conviver em paz”<sup>133</sup>. A esperança que fica é o caminho para a consolidação de uma Constituição Social aprofundada para que se alcance o aperfeiçoamento do Direito fraterno.

## **Teses**

**I.** A *fraternidade privada* e a *fraternidade pública* devem ser interpretadas conjunta e dialeticamente, de forma a favorecer a construção de uma sociedade civilizacional e democraticamente avançada.

**II.** Após o aprofundamento doutrinário e a prática judicial do Direito Fraterno, conclui-se que o mesmo pode ser recebido como um paradigma, abandonando a terminologia inicialmente proposta na doutrina, que o avaliava como um mero ponto de vista ou uma metateoria.

**III.** Uma eventual (mas na verdade complexa e quimérica) codificação do Direito Fraterno pode ser prejudicial à aplicação do mesmo, na medida em que sua aplicação deve receber tratamento conforme o caso que se apresenta na prática. Portanto, a codificação pode abrir margem para interpretações equivocadas.

**IV.** O Direito Fraterno tem caráter transdisciplinar. Por isso, sua aplicação se dá nos mais variados ramos do Direito, e adaptando-se à natureza de cada um.

**V.** Embora existindo um ativismo judicial de várias intensidades, não se pode inviabilizar o Constitucionalismo Fraternal na solução dos casos concretos, e não se pode pôr de parte algum possível ativismo, se as instituições não derem respostas fisiológicas de Justiça.

---

<sup>133</sup> CUNHA, Paulo Ferreira — *O essencial sobre filosofia política romântica*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda.



**VI.** A posição legalista do Direito impede a concretização dos fins de uma Constituição que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, plural e sem preconceitos.

**VII.** A ausência expressa da fraternidade em algumas Constituições não retira, no respectivo país, o sentimento fraterno que lhe possa ser próprio, nem tão pouco desautoriza os poderes constituídos a utilizarem o Direito Fraterno na elaboração de leis, na instituição de suas políticas públicas e nas decisões judiciais.

**VIII.** O Direito não pode excluir, em certas circunstâncias, algumas intervenções criativas do judiciário; o Direito Fraterno já está sendo invocado pelas Cortes Constitucionais e por isso já está a ser construído também através delas boa parte do constitucionalismo fraternal.

**IX.** Para o maior aprofundamento e fortalecimento do Direito Fraterno, é imprescindível uma mudança cultural, desde logo de mentalidades e atitudes, tanto nas relações entre as pessoas (fraternidade privada), como nas ações dos poderes constituídos (fraternidade pública).

**X.** As decisões judiciais fundamentadas no Constitucionalismo Fraternal podem servir de guia para os demais casos — num alargamento e generalização do novo paradigma; a isso ajuda o caráter irradiante do Direito Constitucional, a partir da sua inequívoca prevalência, primado e centralidade.

**XI.** A escolha do nome *Direito Fraterno* seria, em tese, mais ou menos indiferente. Mas a escolha desta designação evoca e visa o fortalecimento da tríade francesa *liberdade, igualdade e fraternidade*. Ainda que já se vá fazendo presente o constitucionalismo fraternal até nos julgados das Cortes Constitucionais, permanece a necessidade de se cumprir o valor fraternidade, promessa incumprida, ainda, das modernidades revolucionárias.

## **Bibliografia**

### **1. Fontes impressas citadas**

Bíblia Sagrada — *Jo. VIII, 7*, Lisboa, Paulos, 1993.

BLOCH, Ernst — *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Dykinson, 2001.

BRITTO, Carlo Ayres — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, Ed. Coimbra, 2011.

CARDUCCI, Michele — *Por Um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira — *A Constituição em perigo* in “Jornal Estado de Direito”, Brasil, nº 32, ano V, 2011.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Do Direito Natural ao Direito Fraternal*, in “Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito” (RECHTD), Jan-Jun, 2009.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *O Essencial sobre a filosofia política romântica*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Dos princípios positivos & dos princípios supremos*, in “Collatio”, 11. Abr-Jun 2012 – disponível em <http://www.hottopos.com/collat11/05-16PFC.pdf>

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Geografia Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Filosofia Jurídica Prática*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Teoria da Constituição*, Lisboa, Verbo, 2000.

GROSSI, Paolo — *Primeira Lição Sobre Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

HERVADA, Javier — *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel — *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, (Trad. Artur Morão), 1995.

STRAUSS, Leo — *Direito Natural e História*, Lisboa, Edições 70, 2009.

STRECK, Lnenio Luiz — “O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto” - disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

MARTINHO, Helena Gaspar et al. — *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Coimbra, Almedina, 2011.

MIRANDA, Jorge. et al. — *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Petrony, 1977.

MULLER, Friedrich — *O Novo Paradigma do Direito*, São Paulo, RT, 2009.

NEVES, Marcelo — *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2011.

PESSOA, Fernando; MATOS, Norton — *Antologia a Maçonaria*, Editoração de José Ribeiro, Lisboa, 1988.

SOARES, Rogério Ehrhardt — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008.

TAMAMES, Ramón — *Introducción a la Constitución Española*, Madrid, Alianza, 1995.

VIAL, Sandra Regina Martini — *Direito Fraternal*, in “Revista Estudo & Debate”, Rio Grande do Sul, UNIVATES, 2004.

VIAL, Sandra Regina Martini — in “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, nº 3, 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler — *O Direito à saúde e os determinantes sociais*, in “Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo”, Ano 1, n. 1, jul/dez, 2008.

VILLEY, Michel — *Philosophie du Droit: Définitions et fins du droit, Les Moyens du Droit*, Paris, Dalloz, 2001.

## 2. Fontes da internet citadas:

<http://bvsmms.saude.gov.br>

<http://focolares.org.br/sitenacional/2013/01/25/nova-otica-no-direito-a-fraternidade/>

[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) - Declaração Universal dos Direitos Humanos

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Metalinguagem>

<http://www.almedina.net/catalog/Livros/cvs/CurriculumPedroMariaGodinhoVazPatto.pdf>

<http://www.amorc.org.br>

<http://www.auletedigital.com.br>

<http://www.congreso.es> - Constitución de La España

[www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx) - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

[www.icrs.org/ihl](http://www.icrs.org/ihl) - Constituição de Cabo Verde

[www.justica.sp.gov.br](http://www.justica.sp.gov.br)

[www.lawmin.nic.in](http://www.lawmin.nic.in) - Constituição da Índia

[www.mozambique.mz](http://www.mozambique.mz) - Constituição de Moçambique

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) - acesso às leis e decretos.

[www2.camara.gov.br](http://www2.camara.gov.br) - Constituição da República Democrática de São Tomé

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

## 3. Principais obras consultadas:

CREMA, Roberto — *Introdução à visão holística*, São Paulo, Summos, 1989.

CUNHA, Paulo Ferreira — *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2008.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Lições Preliminares de Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Política Mínima*, Coimbra, Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *Direito Constitucional Aplicado*, Lisboa, Quid Juris, 2007.

\_\_\_\_\_, Paulo Ferreira — *A Constituição Viva: Cidadania e Direitos Humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

GALLO, Max — *Revolução Francesa*, Porto Alegre, L&PM Pocket, 2012, vol. I e II.

CANOTILHO, J. J. Gomes — *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge — *Constituição de Diversos Países*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, vol. I e II, 1987.

MORAIS, Jose Luis Bolzan — *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

PIRES, Francisco António Lucas — *O Problema da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1970.

RESTA, Eligio — *Diritto Fraternal*, Roma, Laterza, 2002.

RITT, Caroline Fockink et al. — *Direitos Fundamentais sociais como paradigma de uma sociedade fraterna*, Santa Cruz do Sul, Editora IPR, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang — *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

VALLE, Andre Rufino et al. — *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, Salvador-Bahia, Ed. Jus Podivm, 2011.

VILLEY, Michel — *Filosofia del Derecho*, Barcelona, Scire Universitaria, 2003.